

بسم الله الرحمن الرحيم

كليـــة الحقوق
قسم الشريعة الإسلامية
الدراسات العليا

أحكام الخيارات الثابتة بالشرط في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة بالقانون اليمني

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

من قسم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق

إعداد

الخضر عبد الله سالم حنشل

المدرس المساعد بقسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق ـ جامعة عدن ـ اليمن

إشراف

أ.د عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر العدوي

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

ووكيل كلية الحقوق الأسبق ـ جامعة أسيوط

١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م

وقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم على الرسالة من السادة:

١- الأستاذ الدكتور / عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر

" أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة أسيوط"

(رئيساً ومشرفاً)

٢- الأستاذ الدكتور / محمد عبد الرحيم محمد

" أستاذ الشريعة الإسلامية وعميد كلية دار العلوم فرع المنيا "

(عضــواً)

٣- الأستاذ الدكتور / حسين عبد المجيد حسين

" أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر فرع أسيوط"

(عضــواً)

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله ـ تبارك وتعالى ـ :

﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾

سورة النساء الآية (٢٩)

وقال الله ـ جل وعلا ـ :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ... ﴾

سورة المائدة من الآية (١)

إهـــــداء

- إلى روح والدي الطاهرة إحساناً ووفاءً
- إلى أمي أطال الله في عمرها برّاً وشكراً
- إلى أهلي جميعاً
- إلى تلك الأصوات التي تنادي بتطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف نواحي الحياة.

أهدي هذا العمل، راجياً من الله القبول .

الباحث



شكـــــــر وتقـــــــدير

أتوجه إلى الله جل وعلا بالشكر على نعمه الظاهرة والباطنة؛ **فهــو صــاحب الفضل والمنة، ومنه التيسير والتسهيل، والحمد لله القائل في محكم قرآنه:** "... لَــئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ..."[1]**، والصلاة والسلام على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ، وعلــى آله وصحبه أجمعين .**

وبعـــد ،،،

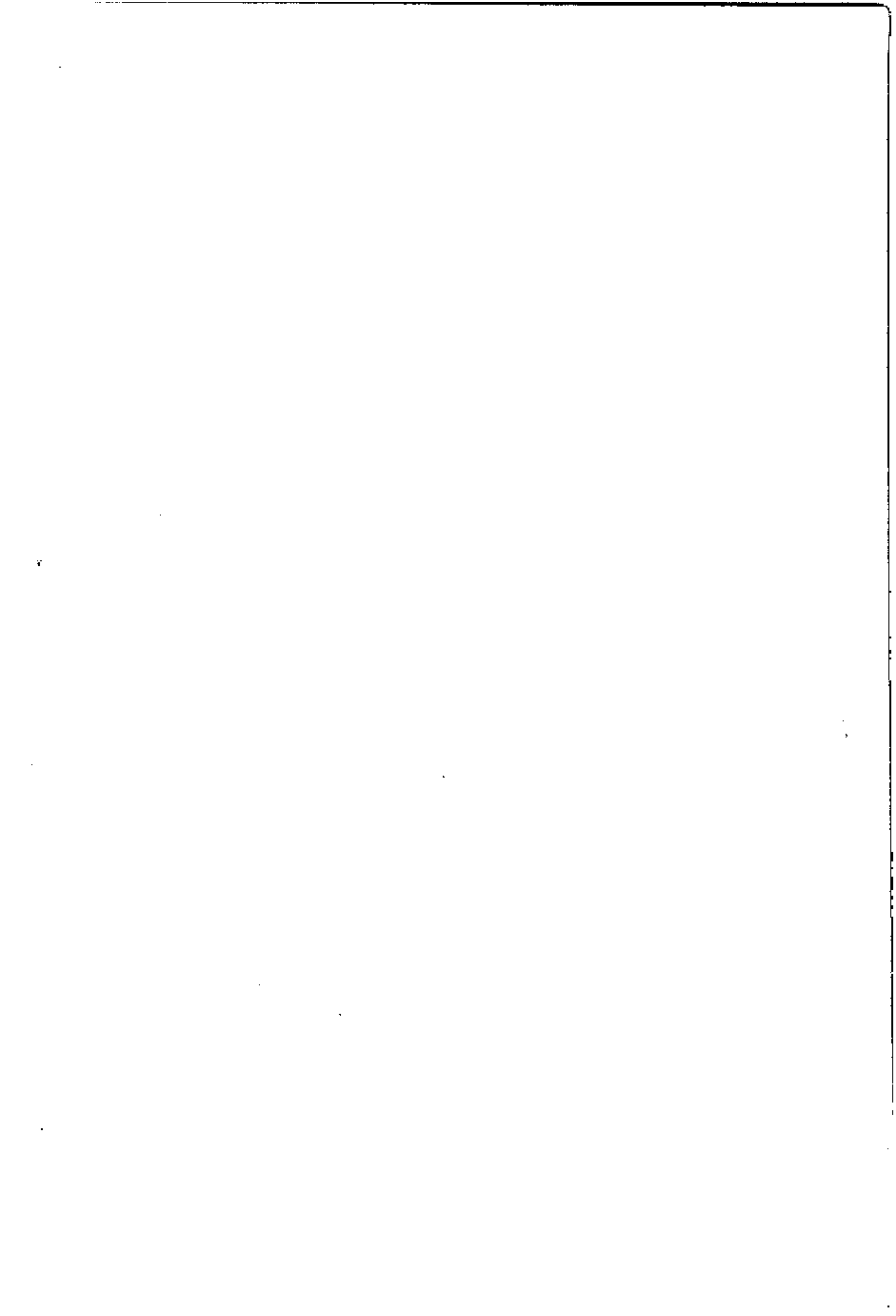
فإنه من الوفاء والواجب عليّ أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير وجزيل العرفان إلى الأستاذ الفاضل والعالم الجليل معلــم الأجيــال، وصــاحب الفــضل والفــضيلة **الأستاذ الدكتور/ عبد الرحمن محمد محمد عبد القادر العدوي** أستاذ ورئيس قــسم الــشريعة الإسلامية، ووكيل كلية الحقوق الأسبق، الذي تفضل مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، حيث أحاطني بالرعاية والاهتمام ، ولم يبخل بالنصيحة والإرشاد والتوجيه؛ إذ لمست فيه تواضع العلماء، وحكمة الحكماء، وتعلمت منه السماحة، والتواضع والصبر، وأسأل الله أن يمد في عمره وينفعنا بعلمه، وأن يجزيه عني، وعن طلاب العلم خيــر الجزاء .

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري للعالمين الجليلين: **الأستاذ الدكتور/محمد عبد الرحيم محمد،** أستاذ الشريعة الإسلامية وعميــد كليــة دار العلــوم جامعــة المنيــا. **والأستاذ الدكتور/ حسين عبد المجيد حسين،** أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الــشريعة والقانون فرع جامعة الأزهر بأسيوط. لما شرفاني به من قبول الاشــتراك فــي لجنــة مناقشة هذه الرسالة على الرغم من كثرة مشاغلهما وضيق وقتيهما فلهما مني كل الشكر والعرفان، وجزاهما الله عني خير الجزاء،كما أتقدم بخالص شكري وتقديري لكل من مد لي يد العون والمساعدة لإتمام هذه الرسالة.

الباحـــــــث

---

(١) سورة إبراهيم من الآية (٧)



المقدمة



بسم الله الرحمن الرحيم

المقـــدمة :

الحمد لله حمداً يليق بعظيم وجهه ، وجلال سلطانه ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد الصادق الأمين ، وعلى آله ، وأصحابه ، ومن سار على دربه بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد فإن الإسلام ــ بأحكامه الكلية وقواعده الأصولية، ومبادئه العظيمة ــ قد أرسى قواعد التعامل بين الناس ، وبين الطرائق المشروعة الّتي من خلالها يستطيع المسلم أن يقضي حاجاته ويحقق منافعه ، ولا يستطيع الإنسان أن يلبي حاجاته إلا بالتعاون مع بني جنسه .

وتعد العقود المالية من أهم مظاهر التعاون بين الناس ؛ لأنهم لا يستغنون عنها حيث يبرمون العديد منها في معاملاتهم اليومية ، وقد شُرعت بهدف تلبية مصالحهم ، حيث أوجبت الشريعة الإسلامية الوفاء بها تحقيقاً لاستقرار المعاملات بين الناس ، ومنعاً للتنازع ، وهذا هو الأصل العام في المعاملات المالية ، حيث يجب على العاقدين تنفيذ بنود العقد ، وعدم الرجوع فيه ، أو نقضه متى استوفى متطلبات صحته ، ونفاذه عملاً بقوله تعالى: "يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ..."(١)،غير أن معاملات الناس قد لا يسودها التعاون في كل الأحوال ؛ إذ قد تشوبها بعض الشوائب التي تفسد الرضا ، وتخلق العداوة والبغضاء ، وما أكثر الشوائب التي تعكر صفو الرضا ، ولاسيما في مجال المعاملات المالية ، وما يكتنفها من سرعة ، ومخاطرة ، وغش ، وتدليس ونحو ذلك .

ولذلك قد يتعرض الشخص إلى الخداع أو الغبن ، حين يتسرع في شراء المبيع ثم يتبين له أنه كان ضحية للغش أو الاحتيال ، وقد يقدم على الشراء في عجلة من أمره ثم يكتشف أن هذا المبيع لا يناسبه ، أو به عيب من العيوب ، وقد يبيع شيئا عزيزاً على نفسه ثم يندم على البيع ، وقد يكون هذا الشخص قليل الخبرة في البيع والشراء ، لاسيما

---

(1) سورة المائدة من الآية ١

في مجال المعاملات التجارية ، ولا يستطيع أن يستكشف أوصاف المبيع نظـرا للتعقيـد الذي يكتنف بعض السلع في هذا الزمان ، وكل هذه الأمور قد يتعـرض لهـا الـشخص ويلحقه الضرر، ومن ثم يؤدى ذلك إلى الندم والنزاع بين الناس ، وزعزعة المعـاملات المالية، وعدم استقرارها .

ومن أجل ذلك حرصت الشريعة الإسلامية الغراء على إجازة الخيـارات رفقـاً بالمتعاقدين بهدف دفع الضرر عن المتعاقد الذى يتعرض للغبن أو للتدليس أو غير ذلـك من الأسباب الموجبة للخيارات ، حيث أباحت الشريعة الإسلامية للشخص الرجوع فـي العقد، وفسخه بإرادته المنفردة .

ومع أن الخيارات تعمل على تعطيل لزوم العقد لمدة معينة(مدة الخيار) ، فإنها لا تتعارض ــ فيما يبدو لي ــ مع مبدأ لزوم العقد ، فالعقد اللازم لا يكون إلا حين يكتمـل الرضا بين الأطراف، وتسود القناعة ، وينعدم الندم المفضى إلى النـزاع، والمـشاحنة ، والخيارات أيضاً تسهم بصورة جدية في كمال الرضـا، وبـث روح الخيـر، والمحبـة والطمأنينة فى المجتمع المسلم ؛ لأنها تمنح العاقد الفرصة لمراجعة العقـد، وتتـرك لـه الاختيار فى إمضاء العقد أو فسخه ، وهذا يؤدى بدوره إلى استقرار المعاملات بين الناس وقطع دابر العداوة والصراع ، وهى تهدف فى المحصلة النهائية إلى الحرص على تنقية العقود من الشوائب التى تشوبها بهدف تحقيق مبدأ اللـزوم علـى الـصورة الـشرعية الصحيحة التي لا ضرر فيها على أحد الطرفين.

والخيارات في الشريعة الإسلامية كثيرة ومتنوعة ، وقد قسمها الفقهاء المـسلمون إلى طائفتين ، الطائفة الأولى، وتسمى الخيارات الحكمية أو الشرعية، وهى التـي تثبـت بتقرير الشارع الحكيم دفعاً للنقص فى العلم الذى قام عليـه الرضـا، أو منعـاً للغـرر والتجهيل، وذلك حتى لا يتم إلزام الشخص بعقد فيه غرر أو غبن، وهذه الطائفة كثيـرة العدد، وأبرزها خيارات العيب والمجلس والرؤية وغير ذلك.

أما الطائفة الثانية فهى الخيارات التى تثبت بالشرط ،والأصل فيهـا العـدم ، ولا تثبت إلا باتفاق الطرفين عليها بهدف التروي، والتفكر قبل الإقدام علـى إتمـام العقـد ، وتشتمل هذه الطائفة على ثلاثة خيارات هي **خيار الشرط، والنقد، والتعيين**، وهى محـل دراستي فى هذا البحث، فسوف أتناول أحكامها تفصيلاً عند الفقهاء المسلمين، وفي القانون

المدني اليمني، وذلك من خلال تحديد مفهومها، وطبيعتها، والعقود التي تدخلها، وصاحب الحق فيها، وشروطها، ومدى تأثيرها في العقود التي تدخلها، والأمور التي تؤدي إلى سقوطها،وبيان تطبيقاتها المعاصرة في معاملات المصارف الإسلامية ، وكل هذه الأمور، وغيرها هي المحور الذي يدور حوله هذا البحث، وهي بمثابة تساؤلات مطروحة على بساط هذا البحث سيتم الإجابة عنها في ثناياه .

أسباب اختيار الموضوع :

تتمثل أهم الأسباب التي دعت لاختيار هذا الموضوع فيما يأتي :

(١) أهمية الخيارات الثابتة بالشرط حيث إنها تحتل مكانة متميزة بين الخيارات ؛ لأنها تنشأ بإرادة العاقدين، ورغبتهما، فيمارسها العاقدان برضاهما ، وليس قهراً عليهما ، وهى بذلك تتيح للعاقد فرصة كبيرة للتروى والتفكر حيث تجلب له المنفعة، وتدفع عنه الضرر قبل وقوعه، فالمتعاقد مثلاً يستطيع أن يشترط لنفسه خيار الشرط ليتروى ويتفكر فى المبيع أيناسبه أم لا ؟ ، وبذلك يدفع الضرر عن نفسه قبل وقوعه، وفى الوقت نفسه لا يقدم على إتمام العقد إلا بعد اكتمال رضاه ، ولا ينطبق هذا الأمر على الأشخاص فقط ، وإنما تستطيع المؤسسات أو الشركات أو المصارف الإسلامية أن تمارس هذه الخيارات بهدف حماية نفسها من المخاطرة، وعلى ذلك فهى من الموضوعات المهمة فى مجال المعاملات المالية المعاصرة ،حيث يحتاج إليها الناس فى معاملاتهم اليومية ، وتحتاج إليها المصارف الإسلامية فى معاملاتها التجارية .

ومع ذلك لاحظت أن كثيراً من الناس يمارسون هذه الطائفة من الخيارات دون أن يعرفوا أحكامها الشرعية أو القانونية؛ لذا تولدت الرغبة لدي في دراسة هذه الخيارات بهدف بيان أحكامها الشرعية والقانونية؛ ليسهل التعرف عليها هذا من جانب ، ومن جانب آخر هدفت إظهار الثروة الفقهية فى ثوب جديد يساير الواقع المعيش، مع إيماني الصادق أن هذه الثروة عظيمة وثرية، ولا ينقصها سوى الترتيب، والتنسيق ، وإبراز تطبيقاتها في صورة معاصرة، وكان هذا هو المقصد.

(٢) ارتكزت هذه الدراسة على الخيارات الشرطية دون غيرها لأسباب عدة ، منها أن هذه الخيارات من أصل واحد، فهي لا تنشأ إلا بسبب الشرط، ولولاه لما وجدت، كما أنها متجانسة من حيث الطبيعة والهدف ، فهي خيارات ذات طبيعة إرادية واحدة ، حيث تنشأ بإرادة الطرفين ، وليس قهراً عليهما ، أما هدفها فهو التروي ، وهو من أهم سماتها ، فالتروى قد يكون بهدف تجربة المبيع أو مشاورة الغير ، أو السؤال عن أحوال المبيع ،وعلى هذا الأساس فقد كان الهدف من هذه الدراسة تجميع هذه الخيارات فى زمرة واحدة حتى تتبين أحكامها بوضوح ، ويسهل على القارئ الإطلاع عليها وتمييزها عن بقية الخيارات .

(٣) دراسة التطبيقات المعاصرة للخيارات الشرطية فى مجال المعاملات المالية للمصارف الإسلامية ، وذلك من خلال ذكر الكيفية التى يستفيد بها المصرف الإسلامى من هذه الخيارات ، وقد خصصت المصارف الإسلامية دون غيرها ؛ لأنها من أهم الركائز الاقتصادية التى تبنى على أسس إسلامية ، حيث يعقد المجتمع الإسلامي عليها الآمال فى النهوض بالحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وتخليصه من شرك الربا المحرم الذي قد يؤدى بصاحبه إلى نار جهنم والعياذ بالله .

(٤) دراسة موقف القانون المدني اليمني من هذه الخيارات حتى يتبين السبيل الذى سلكه القانون اليمني بهدف تقويم اعوجاج النصوص القانونية إذا خالفت آراء الفقهاء المجيزين لهذه الخيارات، أو تهذيب بعضها لتلائم الرأي الفقهي الراجح الذي يرفع الحرج عن الناس، ويحقق مصالحهم ، ويتسق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وأهدافها، كما أن دراسة القانون المدني اليمني بصدد هذا الموضوع فى غاية الأهمية ،لاسيما وأن مكاتبنا القانونية تفتقر إلى مثل هذه البحوث.

(٥) يعد موضوع الخيارات الشرطية من المواضيع التى لم تحظ بالدراسة المتكاملة، حيث لم أجد فيه ـ حسب إطلاعي ـ بحثاً علمياً شاملاً للخيارات الشرطية محل الدراسة؛ إذ لم يتم تناول هذه الخيارات على النحو الذي أروم بحثه ،وإن كان هناك بعض البحوث التي تناولت الخيارات بصفة عامة ، وذكرت بعض الخيارات الشرطية ضمن خيارات كثيرة، وبعضها تناول أحد

الخيارات الشرطية فقط، ولا أنكر جهود بعض الباحثين الذين سبقوني، وما بحثي هذا إلا تتميماً لتلك الجهود الطيبة .

ومع ذلك فإن الدراسات السابقة لم تتناول المسائل الآتية :

- لم يتم تناول الخيارات الشرطية بصورة منفردة عن غيرها من الخيارات الكثيرة ، حيث جاءت دراسة بعضها (كخيار الشرط) ضمن الخيارات الشرعية الكثيرة؛ كخيار العيب والمجلس والرؤية والغبن وغير ذلك ، وركزت بعض الدراسات على أحد الخيارات الشرطية دون سواه من الخيارات الشرطية؛ ولذلك لم يتم بحث الخيارات الشرطية بصورة مستقلة وعميقة ومفصلة .
- ركزت الدراسات السابقة على بيان موقف الفقه الإسلامى من هذه الخيارات ، ولم تبين موقف القانون المدني الوضعي من هذه الخيارات .
- لم تبين الدراسات السابقة التطبيقات المعاصرة لهذه الخيارات فى مجال المعاملات المالية للمصارف الإسلامية.
- لم تتناول الدراسات السابقة موقف القانون المدني اليمني من كل هذه الخيارات، حيث ركزت بعض الدراسات على موقف القانون اليمنى من الخيارات الشرعية ؛ كخيارات العيب والمجلس والرؤية.

ولهذه الأسباب مجتمعة عقدت العزم على دراسة الخيارات التي تثبت بالشرط دون غيرها،وذلك من خلال لم شملها في بحث واحد بهدف إبرازها بصورة مستقلة، ومفصلة، مع بيان موقف القانون المدني اليمني منها، وذكر تطبيقاتها المعاصرة في مجال المعاملات المالية للمصارف الإسلامية.

وقد جاءت هذه الرسالة تحت عنوان "**أحكام الخيارات الثابتة بالشرط في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون المدني اليمني**" ، وكان منهج البحث على النحو الآتي:

منهج البحث :

تم إتباع المنهج العلمي المقارن الذي يعتمد على دراسة موضوع البحث دراسة تأصيلية، وتحليلية تجمع بين الآراء النظرية ، وبعض الجوانب التطبيقية ، وقد تم ترجمة هذا المنهج على النحو الآتي :

(١) تم دراسة موضوع هذا البحث بالاعتماد على المذاهب الفقهية الثمانية المشهورة ، وهى المذهب الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي، والظاهري، والزيدي، والإمامي، والإباضي ، وقد تمت المقارنة بين هذه المذاهب فى كل مسألة من مسائل هذه الرسالة ، حيث تم أولاً عرض آراء الفقهاء ، وأدلتهم، ومناقشتها ثم الموازنة بينها ، وترجيح الرأي الذي يتبين أنه الراجح لقوة أدلته، أو لما يترتب على الأخذ به من رفع الحرج عن الناس، وجلب المنافع لهم، وبعد الفراغ من عرض آراء الفقهاء فى المسألة محل البحث يتم عرض المسألة في القانون المدني اليمني على حدة ، فإن وجدت نصوصاً قانونية تحكم المسألة تناولتها بالمقارنة مع آراء الفقهاء المسلمين ، وإن لم أجد نصوصاً معينة أشرت إلى ذلك فى محله، ولم أكتف بذلك ؛ بل تم عرض آراء شراح القانون المدني في المسألة المعروضة، وأحياناً يتم التطرق إلى نصوص القانون المدني المصري النافذ عندما يتبين أن المشرع اليمني قد أخذ بعض النصوص من القانون المدني المصري، وذلك بهدف إبراز أصل النص القانوني.

وقد حاولت دائما أن أبين الطريق الذي سلكه القانون المدني اليمني، ومدى اتفاقه، أو اختلافه مع آراء الفقهاء المسلمين ، ولاسيما الرأي الراجح في المسألة محل البحث، ولم يكن مقصدي من ذلك المقارنة بين الشريعة الإسلامية، والقانون المدني اليمني من باب مقارنة المثل بالمثل كلا فليس هناك مماثلة بينهما، ولا وجه للمقارنة ؛ لأن الشريعة الإسلامية من صنع الله خالق الناس ، وأما القوانين فهي من صنع الناس، وشتان ما بين ما كان من صنع الله ، وما كان من صنع الناس ، ولكن كان القصد معرفة الطريق الذى اختاره المشرع اليمنى بهدف الوقوف على أحكام القانون المدني

اليمني، وتطوره التشريعي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي تعد مصدر جميع التشريعات بموجب المادة الثالثة من الدستور اليمني النافذ.

(2) تم الاعتماد في تدوين آراء المذاهب الفقهية على المؤلفات المعتمدة، والمشهورة في كل مذهب ، وذلك بهدف زيادة التوثيق والتثبيت، وقد اعتمدت على شرح آراء الفقهاء بتصرف في كثير من الأحيان ، وذلك من حيث التقديم أو التأخير، أو الحذف بهدف السهولة في التعبير، والابتعاد عن التعقيد اللفظي ، وأحياناً يتم النقل الحرفي من بعض المؤلفات الفقهية بهدف توضيح المسألة ، والتوثيق الفقهي، ومساعدة القارىء على الرجوع إلى المؤلفات الفقهية بسهولة ويسر.

(3) تم تخريج الأحاديث الواردة في هذا البحث بالاعتماد على الصحيحين أو أحدهما، وما لم يرد فيهما من الأحاديث تم عزوه إلى كتب السنة المعتد بها ، مع محاولة نقل بعض أقوال العلماء في الحكم عليه .

(4) تم ترجمة بعض الأعلام الذين جاء ذكرهم في البحث ، بهدف تعريف القارئ الكريم بهم، وبجهودهم التي بذولها في خدمة الشريعة الإسلامية.

(5) تم وضع ملاحق تتضمن نماذج للعقود المشتملة على الخيارات الشرطية موضوع البحث (خيارات الشرط، والنقد، والتعيين) بهدف تزويد القارئ الكريم بهذه النماذج ليسهل مراجعتها ، وتطبيقها على الواقع العملي.

(6) تم وضع فهارس فنية حيث اشتملت على: فهرس للآيات القرآنية، وفهرس للأحاديث النبوية الشريفة ،وفهرس للأعلام، وفهرس للمصادر والمراجع، وفهرس للموضوعات.

خطة البحث :

اشتمل هذا البحث على مقدمة ، وفصل تمهيدي ، وثلاثة أبواب ، وخاتمة ، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

المقدمة : وقد اشتملت على التعريف بالبحث، وأهميته، وأسباب اختياره والمنهج المتبع فيه ، وخطة البحث .

الفصل التمهيدي: التعريف بالخيارات ، وبيان مشروعيتها، وأقسامها

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول : تعريف الخيارات، ومشروعيتها، وتاريخها

المبحث الثاني : أقسام الخـــــــــــــيارات

البــاب الأول : خيـار الشـرط

وقد اشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الأول : حقيقة الشرط، ومشروعيته، وصاحبه، ومجاله .

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حقيقة خيار الشرط .

المبحث الثاني : مشروعية خيار الشرط

المبحث الثالث : صاحب خيار الشرط ومجاله

الفصل الثاني : شروط خيار الشرط، وآثاره .

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : شروط خيار الشرط

المبحث الثاني : آثار خيار الشرط

الفصل الثالث : مسقطات خيار الشرط، وتطبيقاته المعاصرة:

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : مسقطات خيار الشرط

المبحث الثاني : تطبيقات خيار الشرط في معـــاملات المـــصارف الإسلامية .

الباب الثانـــي : خيار النقد

وقد اشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : حقيقة خيار النقد ، ومشروعيته.

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : حقيقة خيار النقد

المبحث الثاني : مشروعية خيار النقد

الفصل الثاني : صاحب خيار النقد ،ومجاله، وشروطه.

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : صاحب خيار النقد، ومجاله

المبحث الثاني : شروط خيار النقد

الفصل الثالث : آثار خيار النقد، ومسقطاته، وتطبيقاته المعاصرة

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : آثار خيار النقد

المبحث الثاني : مسقطات خيار النقد

المبحث الثالث : تطبيقات خيار النقد في معاملات المصارف الإسلامية .

الباب الثالث : خيار التعيين

ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الأول : حقيقة خيار التعيين ،ومشروعيته.

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : حقيقة خيار التعيين

المبحث الثاني : مشروعية خيار التعيين

الفصل الثاني : صاحب خيار التعيين ،ومجاله وشروطه.

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : صاحب خيار التعيين، ومجاله

المبحث الثاني : شروط خيار التعيين

الفصل الثالث : آثار خيار التعيين، ومسقطاته، وتطبيقاته المعاصرة.

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : آثار خيار التعيين

المبحث الثاني : مسقطات خيار التعيين

المبحث الثالث : تطبيقات خيار التعيين في معاملات المصارف الإسلامية.

الخاتمة :

الملاحق :

الفهارس :

المصادر والمراجع :

والله ولي التوفيق ،،،

الفصل التمهيدي
التعريف بالخيارات ، وبيان مشروعيتها، وأقسامها

تمهيد وتقسيم :

لقد رأيت أنه من المستحسن أن أعطي فكرة موجزة عن الخيارات عامة ، قبل الولوج في لجة البحث وتفاصيله، وذلك بهدف التعرف على ماهية الخيارات ومشروعيتها وأقسامها عند الفقهاء ، مع بيان موقف القانون المدنى اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م منها ، وسيقتصر الحديث على الخيارات التي تحدث في المعاملات المالية فقط ، دون التطرق إلى سواها ، وتفصيلاً لذلك قسم هذا التمهيد إلى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الخيارات، ومشروعيتها، وتاريخها

المبحث الثاني : أقسام الخيارات



المبحث الأول
تعريف الخيارات ، ومشروعيتها ، وتاريخها

يتناول هذا المبحث تعريف الخيارات، ومشروعيتها، وتاريخها ، وذلك في مطلبين يدرس الأول تعريف الخيارات، ويتناول الثاني مشروعيتها وتاريخها، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول
تعريف الخيارات

أولا : معنى الخيارات لغة

الخيارات جمع ومفردها خيار، والخيار اسم مصدر من الاختيار[1] ، وهو طلب خير الأمرين أو خير الأمور ، والاختيار يعنى الاصطفاء ، وكذلك التخير ، يقال اختاره : أي انتقاه ، واصطفاه من عدة أشياء[2] .

والله تعالى يقول : (وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ) [3] ويقول : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ...)[4] .

---

(١) أي أن الخيار اسم مصدر لاختار، والمصدر هو الاختيار .

(٢) راجع : لسان العرب لابن منظور ، باب الخاء ، مادة (خ ي ر) ، ج٢ ص١٢٩٨-١٣٠٠ ، دار المعارف، القاهرة ، د ـ ت ، والقاموس المحيط للفيروزآبادى ، باب الراء ، فصل الخاء ، مادة (خ ي ر)، ج٢ ص٢٦ ، دار الجيل ، بيروت ، د ـ ت ، ومختار الصحاح للرازى ، باب الخاء ، مادة (خ ي ر)، ص١٩٤-١٩٥ ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، د ـ ت ، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ،كتاب الخاء، باب الخاء والياءومايثلثهما ، مادة (خير) ، ج٢ ص٢٣٢ - ٢٣٣ ، دار الجيل ، بيروت ، د ـ ت، والمصباح المنير للفيومى في غريب الشرح الكبير للرافعى كتاب الخاء ، مادة خير ،ج٢ ص١٨٥ ، دار المعارف، القاهرة ، ١٩٧٧م ، وأساس البلاغة للزمخشري ، باب الخاء ، مادة خير ، ص١٧٩ ، دار صادر، بيروت ، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

(٣) سورة القصص : الآية ٦٨ .

(٤) سورة الأحزاب : من الآية ٣٦

ثانيا : تعريف الخيارات اصطلاحاً :

سيتم ذكر تعريف الخيار عند الفقهاء القدامى ، وعند بعض المحدثين ، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك على النحو الآتي :

(أ) تعرف الخيار في اصطلاح فقهاء الشريعة القدامى:

ورد تعريف الخيار عند بعض الفقهاء القدامى حيث عرّف بعض الشافعية الخيار بأنه : " طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ".(١)

وورد هذا التعريف كذلك عند بعض فقهاء الحنابلة ؛ إذ قالوا إن الخيار هو "طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه". (٢)

وعرّف بعض فقهاء الشيعة الإمامية الخيار بأنه : "ملك إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه مدة معلومة". (٣)

وقال بعضهم هو: "حق يقتضي السلطنة على فسخ العقد برفع مضمونه". (٤)

(ب) تعريف الخيار عند المعاصرين :

عرف بعض المعاصرين الخيار بأنه : "اختيار المرء ما يراه خيراً له من أمرين أو أن يختار أن يكون المبيع هذا أو ذاك إن كان الخيار تعييناً".(٥)

---

(١) راجع : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج٤ ص٣ ، مكتبة مصطفى حلبي ، القاهرة ، ١٩٦٧م ، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني ج٢ ص٤٣ ، مكتبة مصطفى حلبي ، القاهرة ، ١٩٥٨م ، وحواشي الشرواني وابن قاسم على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي ج٤ ص٣٣٢ ، دار صادر ، بيروت ، د-ت .

(٢) راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٣ ، المكتب الإسلامي ، دمشق ١٩٨٠م ، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب أحمد للزركشي ج٣ ص٣٨٣، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٩٩٣ م ، والمعتمد في فقه الإمام أحمد للشيباني وابن ضويان ج١ ص٤١٢ ، دار الخير ، بيروت ، ١٩٩١م .

(٣) راجع : جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد النجفي ج٢٣ ص٤، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،ط٧ ١٩٨١م ، ورياض المسائل للطباطبائي قدة ج٥ ص١٠٥، دار الهادي ، بيروت ، ١٩٩٢م.

(٤) راجع : منهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٢، دار التراث الإسلامي ، بيروت ١٩٧٥م .

(٥) راجع : الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى ص٤٥٩-٤٦٠، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ط١ ١٩٥٨م .

وقال آخرون : "هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعى أو بمقتضى اتفاق عقدي"[١] .

وقال بعضهم : "هو أمر عارض محقق الوقوع يرد على العقود اللازمة فيفقدها اللزوم أثناء مدة الخيار ويثبت بالاتفاق أو بقوة القانون ويستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما فسخ العقد أو أجازته بإرادة منفردة "[٢].

هذه هي أهم التعاريف التي ذكرها بعض المعاصرين ، وقد اكتفيت بها توخياً للإيجاز .

(ج) تعريف الخيار في القانون المدني اليمني :

عرف المشرع اليمني الخيار في المادة ٢٢٧ من القانون المدني النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م ، التي نصت على أن "الخيار هو أن يكون للمتعاقدين أو أحدهما إمضاء العقد أو فسخه" [٣] .

(د) مناقشة التعاريف :

وبعد أن تم عرض تعريف الخيار عند بعض الفقهاء القدامى ، وبعض المعاصرين، والقانون المدني اليمني ، سيتم فيما يلي مناقشة التعاريف سالفة الذكر من أجل بيان مضمون الخيار بصورة واضحة بهدف استخلاص تعريف جامع للخيار تنطوي تحت مظلته الخيارات كافة ، وعلى هذا الأساس أذكر الملحوظات الآتية :

(١) يلاحظ أن تعريف الفقهاء القدامى للخيار لا يخرج عن المعنى اللغوى لكلمة الخيار ؛ وبذلك فالخيار عند الفقهاء يقصد به الموازنة والمفاضلة لاختيار الأفضل والأوفق والأرفق للمتعاقد صاحب الخيار ، أى ما فيه الخير له سواء أكان الخير في إمضاء العقد أم فسخه.

---

(١) راجع : الخيارات وأثرها في التصرفات للدكتور/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة ص٣ ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ، ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م .

(٢) راجع : أحكام الخيار في القانون اليمني دراسة مقارنة بالقانون المصري للدكتور/عبد الله العلفي ص٢٦-٢٧ رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ م.

(٣) وقد ورد نص هذا التعريف أيضاً في المادة (٢٣٠) من القانون المدنى اليمني الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م .

(٢) التعاريف الفقهية تشير إلى العلة الدافعة إلى شرعية الخيار وهي المحافظة على كمال رضا العاقد ، ويكون ذلك إما بدفع الضرر عن العاقد قبل وقوعه وهذا يبرز في الخيارات الشرطية التي تنشأ باتفاق الأطراف عليها ، وإما برفع الضرر عن العاقد بعد حدوثه، وهذا يحصل في الخيارات التي تكون بسبب النقص في المبيع أو علم العاقد ؛ كخياري العيب والغبن ، ولهذا فإن هذه الخيارات تسمى حكمية ؛ لأنها تجر الحكم إليها؛ إذ يقال في الخيارات الحكمية بيع آل إلى خيار [١]

وعموماً فإن التعريفات الفقهية تشير إلى الهدف الشرعي أو الحكمة من الخيارات وهو رفع الضرر بعد وقوعه أو دفعه قبل حدوثه ، وهذا الأمر تحث عليه الشريعة الإسلامية ؛ لأنها تحرص على منع الضرر عن الفرد سواء أكان بائعا أم مشتريًا ، وعلى هذا الأساس ؛ فالخيارات رخصة[٢] شرعية[٣] الهدف منها المحافظة على سلامة الرضا من الشوائب التي تشوبه ؛ كالعيب في المبيع ، أو التدليس أو قلة الخبرة أو نحو ذلك .

على أن هذه الرخصة ميزة شرعية خصصت لصاحب الخيار، وبموجبها يستطيع الموازنة بين الأشياء ليختار خيرها ،ويبتعد عن شرها بدليل أن التعاريف الفقهية تحتوى على هذا المعنى "طلب خير الأمرين" ومع ذلك فله أن يستعمل الرخصة أو يتركها.

وعلى الرغم من أن تعاريف الفقهاء سالفة الذكر قد بينت مضمون الخيار فإنها قد جاءت غير جامعة لأنواعه.

---

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٣ ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط١ ١٤١٧ هـ/١٩٩٧م.

(٢) الرخصة في اللغة بتسكين الخاء تعني: التيسير، والتسهيل، ومنه يقال رخص السعر إذا تيسر وسهل. (راجع: لسان العرب لابن منظور ، باب الراء ، مادة " رخص " ج٣ ص١٦١٦) ، وفي الاصطلاح: عرفها بعض الفقهاء بأنها :" ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم ". راجع:الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن علي الآمدي ج١ ص١٢٢ ، مؤسسة الحلبي، القاهرة،١٣٨٧هـ/١٩٦٧م.

(٣) راجع: مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٠٩ ،دار الفكر، بيروت ،ط٢ ،١٣٩٨هـ/١٩٧٨م ، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للأنصاري ج٣ ص٨٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت،ط ١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

(٣) تعاريف المعاصرين لا تخرج في مضمونها عما قرره الفقهاء ، وإن كان بعضها قد أضاف أموراً تفصيلية بهدف إبراز ماهية الخيار بدقة ووضوح ؛ كالتعريف الذي أورده الدكتور عبد الستار أبو غدة ، حيث تبين منه أن الخيارات تثبت بالشرط أو بالشرع وهذا تقسيم متعارف عليه عند الفقهاء ــ كما سيرد لاحقاً ــ .

ومع ذلك فإن هذا التعريف لم يكن جامعا مانعاً ؛ لأنه لم يبين العقود التي يدخلها الخيار وصاحبه ومدته، أما التعريف الذي ذكره الدكتور العلفي فقد بين فيه معنى الخيار وسماه بالأمر العارض، وذكر العقود التي يدخلها وأقسامه ، غير أنه ذكر أن الخيار أمر عارض محقق الوقوع، وهذا القول محل نظر ؛ لأن الخيار محتمل الوقوع ؛ حيث إن صاحبه قد يستعمله، وقد لا يستعمله، كما أنه قد حصر سلطة صاحب الخيار في الفسخ أو الإجازة، وهذا لا ينطبق على كل الخيارات؛لأن صاحب خيار التعيين يحق له أن يختار واحداً أو أكثر من بين الأشياء المخير فيها ، ولا يجوز له فسخ العقد في الجميع .

(٤) التعريف الذي أورده المشرع اليمني لا يختلف عما قرره الفقهاء القدامى فالملاحظ أنه قد حصر سلطة صاحب الخيار في أمرين لا ثالث لهما، الأمر الأول اختيار الفسخ، والأمر الثاني اختيار الإمضاء ، وهذا الحصر محل نظر؛ لأن سلطة صاحب الخيار لا تتركز في هذين الأمرين فحسب ؛ إذ يجوز لصاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها كما هو الحال في خيار التعيين.

وبناء على ما تقدم يبدو ــ والله أعلم ــ أن الخيار ما زال بحاجة إلى تعريف شامل ؛ ولذا وجدت أنه من الضروري أن أعطي تعريفاً متواضعاً أحسب ــ والله أعلم ــ أنه قد تلافي القصور في التعاريف السالفة ، فأقول إن الخيار هو "رخصة شرعية بموجبها يحق لمن له الخيار إمضاء العقد أو فسخه أو اختيار المبيع من بين الأشياء المخير فيها ، بناء على شرط اتفاقي أو سبب شرعي ، في عقد لازم يحتمل الفسخ ، ولمدة معلومة".

ومن هذا التعريف يمكن استخلاص سمات الخيارات ، وهي على النحو الآتي :

(١) إن الخيارات بصفة عامة مشروعة وهي تخول العاقد صاحب الخيار حق الاختيار بين إمضاء العقد أو فسخه ، وهذا من الممكن تصوره في جميع الخيارات عدا خيار التعيين المجرد الذي لابد فيه من تعيين المبيع (اختياره)

من بين عدة أشياء صالحة للتخيير ، بمعنى أنه لا يحق لصاحب خيار التعيين فسخ العقد ؛ لأنه لازم في واحد غير معين من الأشياء المخير فيها.

(٢) إن بعض الخيارات لا تثبت إلا بالشرط ، وهذا يكون في الخيارات الشرطية ؛ كخياري الشرط والتعيين ، ويثبت بعضها بالشرع كما هو الحال في خياري العيب والمجلس .

(٣) إن الخيارات لا تدخل إلا على العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ، والمقصود بذلك عقود المعاوضات المالية التي يجوز للأطراف الاتفاق على فسخها ؛ كعقدي البيع والإجارة وغيرهما ، على أن هناك عقوداً لازمة ، ولكن لا يقصد بها العوض كالنكاح فهذه لا يثبت فيها الخيار ؛ لأن الخيار إنما يثبت في عقود المعاوضات[١] ، أما عقد النكاح فليس من عقود المعاوضات ، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على فسخه ، وقد يقول قائل إن عقد النكاح غير لازم على الأقل بالنسبة للزوج ؛ إذ يملك التخلص منه بالطلاق ، ويجاب عن ذلك بأن الطلاق في نظر الفقهاء ليس فسخاً للنكاح ، وإنما ينهي الرابطة الزوجية من حين وقوعه، أما الفسخ فيأتي على أصل العقد بالإبطال ، ويصير العقد كأن لم يكن ،والطلاق له آثار معينة ؛ كالمسكن والنفقة[٢] وغير ذلك .

ومن الجدير بالذكر أن هناك عقوداً لا يدخلها الخيار بطبيعتها ؛ كالعقود الجائزة من الطرفين ؛ لأنه يجوز لكل طرف فسخها ؛ كالوكالة والوديعة، وغير ذلك [٣].

(٤) لابد في الخيارات من تحديد من له الخيار ، وتحديد المدة التي يحق له فيها أن يستعمل خياره ، وهذا ما اشتمل عليه التعريف السابق.

---

(١) راجع : الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين عبد الرحمن بن قدامة المقدسي بهامش المغني لموفق الدين عبد الله بن قدامة ج٤ ص٧٠ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

(٢) راجع : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة ص٤٢٣ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧م ، وقد ذكر أن خيار العيب يدخل في عقد النكاح ، على خلاف بين الفقهاء ، ولا يعنينا ذلك ؛ لان البحث يتعلق بالخيارات الشرطية في مجال المعاملات المالية فقط.

(٣) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٠ ، والمنثور في القواعد لمحمد الزركشي الشافعي ج٢ ص٣٩٨-٣٩٩ ، دار الكويت للصحافة ، الكويت، ط٢، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م ، والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٠٧ ، مكتبة الرشاد ، جدة ،١٩٨٠م .

المطلب الثاني
مشروعية الخيارات، وتاريخها

يشتمل هذا المطلب على فرعين يتناول الأول دليل مشروعية الخيار ، و يبين الثاني تاريخ الخيار، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول
دليل مشـروعية الخيـــارات

أبادر بالقول إن الخيارات كثيرة ومتنوعة ، وقد تناول الفقهاء أحكام كل خيار على حدة ، ولم تتفق كلمتهم على جواز كل الخيارات ، بل اختلفوا حول بعضها (١) ، وأجازوا كثيراً منها ، ولا يتسع المجال هنا لذكر موقف الفقهاء من كل خيار من الخيارات ، وإنما يكفي أن أشير إلى أن الخيارات مشروعة عند الفقهاء بعامة ، حيث سيتم ذكر فيما يلي بعض الأحاديث النبوية الصحيحة التي استدلوا بها على جواز بعض الخيارات ومنها:
(١) ــ عن ابن عمر ــ رضى الله عنهما ــ أن رسول الله ﷺ قال : " الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ" (٢)،وفي رواية : " الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا

---

(١) على سبيل المثال لا الحصر ــ هناك اختلاف بين الفقهاء حول جواز خيار المجلس ؛ فقد أجازه الشافعية والحنابلة وبعض المالكية ، ومنعه الأحناف والمالكية في المعتمد عندهم ، راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٠٦ ، وحواشي الشرواني وابن قاسم على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي ج٤ ص٣٣٠ ، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٠ ، وكتاب الفروع لابن مفلح ج٤ ص٨١ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٥ م، وحاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود) ج٧ ص١٠٧، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م ، والذخيرة للقرافي ج٥ ص ٢٠، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٩٤م ، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٠٩ ، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكى ج٢ ص٦٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨م .

(٢)متفق عليه، وقد أخرجه البخاري في صحيحه ــ واللفظ له ــ في كتاب البيوع ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا برقم٢١١١، (راجع : فتح الباري لابن حجر ج٤ ص٣٨٥، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ط١ ١٩٨٧م)، ومسلم في صحيحه في كتاب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين (راجع : صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ص ١٧٣، المطبعة المصرية ، القاهرة د-ت)

أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ وَرُبَّمَا قَالَ أَوْ يَكُونُ بَيْعَ خِيَارٍ"(١) ، وقد ورد هذا الحديث بروايات أخرى ، اكتفيت بهذه الرواية منعاً للإطالة .

ويعد هذا الحديث من أشهر الأحاديث التي وردت في إجازة الخيار(٢) ، وقد استدل به بعض الفقهاء (٣) على جواز خيار المجلس وذكر بعضهم (٤) أن لفظ "إلا بيع الخيار" استثناء يدل على جواز خيار الشرط ، وسيتم تفصيل ذلك لاحقاً عند الحديث عن مشروعية خيار الشرط.

(٢) ــ عن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ قال : قال رسول الله ﷺ : " لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تُصَرُّوا الْغَنَمَ وَمَنْ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ". (٥)

ويدل هذا الحديث على جواز خيار التدليس(٦) ؛ فقد يقوم البائع بربط ضرع الشاة ، ويجتمع اللبن في ضرعها فإذا رآها المشترى في السوق ظن أن هذه عادتها ، وأن لبنها

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب البيوع ، باب إذا لم يوقت الخيار هل يجوز البيع برقم ٢١٠٩ . (فتح الباري لابن حجر ج٤ ص٣٨٤)

(٢) راجع: شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٧٣-١٧٤

(٣) راجع : شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٧٣-١٧٤ ،وفتح الباري لابن حجر بهامش صحيح البخاري ج٤ ص٣٨٥،والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٦٩ ، والمجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٠٦ .

(٤) راجع : كتاب المنتقى شرح موطأ مالك للباجى ج٥ ص٥٥، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ١٣٣٢هـ ، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكى ج٢ ص٦٥ ، والبناية في شرح الهداية للعينى ج٦ص٢٠٥ ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ،١٤٠١ هـ / ١٩٨١م .

(٥) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه - واللفظ له- في كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة والمصراة ، برقم ٢١٥٠(فتح الباري لابن حجر ج٤ ص٤٢٢-٤٢٣) ، ومسلم في صحيحه في كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وتحريم النجش والتصرية ، بلفظ " لَا يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ لِبَيْعٍ وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ"(صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ص١٦٠

(٦) راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٤٢٢-٤٢٣ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٦٠ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٩-٩٠، والمعتمد في فقه الإمام أحمد لعبد القادر الشيبانى وابن ضويان ج١ ص٤١٦ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ص١٧٣-١٧٤، دار الفكر العربي، القاهرة ، د ــ ت .

كثير فيزيد في ثمنها ، ولذا إذا تعرض المشترى لمثل ذلك ثبت له الخيار ؛ إذ يجوز له أن يرد الشاة، وصاعاً من تمر أو يمسكها[١].

(٣) ـ عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ : " أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ"، متفق عليه[٢]

ويدل هذا الحديث على عدم جواز الخديعة في البيع والشراء؛ لأن النصيحة واجبة في الدين الإسلامي[٣] ، وقد قال بعضهم إن ظاهر هذا الحديث يدل على جواز خيار الشرط[٤] ،وقال آخرون هو خاص بصاحب القصة المذكورة؛ لأنه لم يثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم أثبت له الخيار، وإنما قال له قل لا خلابة أي لا خديعة؛ ولأنه اثبت له الخيار كانت قضية عين لا عموم لها[٥]، وسيأتي تفصيل ذلك ـ لاحقاً ـ عند الحديث عن مشروعية خيار الشرط .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٠٧ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه– واللفظ له– في كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع برقم ٢١١٧ (راجع: فتح الباري لابن حجر ج٤ ص٣٩٥) ومسلم في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب من يخدع في البيوع بلفظ :"ذَكَرَ رَجُلٌ لِرَسُولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ فَكَانَ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ لَا خِيَابَةَ" (راجع: صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ ص١٧٦).
والخلابة (بكسر الخاء) في اللغة تعني : المخادعة؛ فيقال السحاب يومض برقه حتى يُرجى مطره ثم يخلف ويقلع وينقشع ؛ وكأنه من الخلابة ، أي الخداع، ويقال خلبه أي خدعه ،وامرأة خلابة:خداعه .(راجع : لسان العرب لابن منظور ،باب الخاء ،مادة خلب، ج٢ ص١٢٢٠، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، كتاب الخاء، باب الخاء واللام ومايثلثهما، مادة خلب، ج٢ ص٢٠٥) ، ومعنى قوله لا خلابة : أي لا خديعة، و"لا" لنفي الجنس أي لا خديعة في الدين ؛لأن الدين النصيحة ، والمقصود بذلك أنه لا تحل لك خديعتي أو لا يلزمني خديعتك . راجع : شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٧٧ ، وفتح الباري لابن حجر ج ٤ ص٣٩٦ ، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثيرج٢ ص٥٨-٥٩، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ،دون تاريخ نشر.

(٣) راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر جج٤ ص٣٩٦

(٤) راجع:فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر جج٤ ص٣٩٦ ،و ودلائل الأحكام لابن شداد، كتاب البيوع، باب القول في خيار الشرط، برقم ٥١٧٨، ج٣ ص٢٨٩ ، دار قتيبة ،دمشق، ط١ ١٩٩٣م ، والمبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٠، دار المعرفة ،بيروت ،١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

(٥) راجع: شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٧٧.

الفرع الثاني

تاريخ الخيـــــارات

إن الوقوف على النشأة الأولى للخيارات يقودنا إلى التساؤل الآتي : هــل عــرف العرب الخيارات قبل الإسلام ومارسوها في معاملاتهم التجاريـــة المختلفـــة ثـــم أقرهـــا الإسلام؟ أم أنه لم يكن لديهم معرفة بها ، وإنما هي وليدة النظام الإسلامي الحنيف؟
في الحقيقة لم أقف على معلومات في كتب الفقه تمدني بالإجابة الشافية عن هذا السؤال؛ حيث إنهم لم يذكروا هذه المسالة ، ومع ذلك ورد في بعض كتب الحديث أن رسول الله ﷺ : " اشترى مِنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَعْرَابِ حِمْلَ خَبَطٍ فَلَمَّا وَجَبَ الْبَيْعُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اخْتَرْ فَقَالَ الْأَعْرَابِيُّ عَمْرَكَ اللَّهَ بَيِّعًا"[1] ، وهذا كان قبل البعثة .

وهناك [2] من رأى أن هذا الحديث يدل على أن فكرة خيار المجلس غير معروفة عند العرب في الجاهلية . وقد علل رأيه بالقول إن خيار المجلس أمر جديد على العـــرب أحياه النبي - صلى الله عليه وسلم - من الحنيفية دين إبراهيم عليه السلام ، أو اهتـــدى إليـــه بجودة رأيه ونظرته الثاقبة.

ومع ذلك فإنني لا أستبعد أن يكون العرب قبل الإسلام قد عرفوا خيـــار المجلـــس بالذات ، انطلاقاً من الحديث سالف الذكر ؛ ولأن خيار المجلس يحدث في مكان التعاقد ،

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه – واللفظ له– في كتاب التجارات ، باب بيع الخيار برقم ٢١٨٤ ، ج٣ ص٥٣٨ دار الجيل، بيروت ، ١٩٩٨م ، والترمذي في الجامع الكبير ، كتاب البيوع ، باب٢٧بـــرقم ١٢٤٩ ، ج٢ ص٥٢٩ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ،١٩٩٨م وقال عنه :"هذا حديث صحيح غريب " والحـــاكم فـــي المستدرك ، كتاب البيوع ج٢ ص٤٩ ، مكتبة النصر، الرياض، د ـــ ت ، وقال عنه :"هذا حديث صـــحيح على شرط مسلم ولم يخرجه" ، ولم يعلق الذهبي على هذا الحديث، ورواه البيهقي في ســـننه الكبـــرى ، كتاب البيوع ، باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا برقم ١٠٤٤٣ ، ج٥ ص٤٤٥ ، دار الكتب العلميـــة ، بيروت ط١ ١٩٩٤م ، والحافظ عبد الله بن أبي شيبة في كتابه المصنف في الأحاديـــث والآثـــار ، كتـــاب البيوع ، باب من قال لا يتفرق بيعان الا عن تـــراض بـــرقم٣٥٠، ج٥ ص٢٨٩ ، دار الفكـــر العربـــي، بيروت،١٤٠٩هـــ/١٩٨٩م، والجميع من طريق جابر بن عبد الله رضي الله عنه . ويقصد بحمل خـــبط : الحمل ما كان على الظهر أو الرأس ، والخبط اسم من الخبط ، و هو ضرب الشجر بالعصا ليتناثر ورقها ،واسم الورق الساقط يسمى خبط بالتحريك بفتحتين ، وهو من علف الماشية ، راجع : النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثيرج٢ ص٧ ، وسنن ابن ماجه ج٣ ص٥٣٩ .

(٢) راجع : الخيارات وأثرها في التصرفات للدكتور عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص٥.

والمكان تحصل فيه المساومة [(١)] ، والأخذ والرد بين المتعاقدين ، وفي ذلك يكون التخاير بين المتعاقدين عرفاً مألوفاً لكنه قد لا يلجأ إليه الأفراد إلا إذا خير بعضهم بعضاً كما حصل من النبى ﷺ مع الأعرابى ؛ فالمبادرة التي قام بها الرسول هي تخيير الأعرابي في مجلس العقد، وهذا يدل على حسن الخُلق والسماحة في البيع ، ويدل كذلك على أن العرب على دراية بهذا الخيار ، وما يعضد كلامي هذا ما ورد عند بعض الفقهاء ، حيث ذكروا هذه المسألة في الفصل الخاص بالعقود التي يثبت فيها خيار المجلس.[(٢)]

وعلى ذلك يتضح أن هذا الخيار كان معروفاً قبل الإسلام ، وهذا ما صرح به بعض الفقهاء، ومنهم المحدث الناقد التها نوي[(٣)] ؛ إذ قال ـ معلقاً على حديث الرسول ﷺ المتقدم ـ :" فيه دلالة على أن خيار المجلس بعد عقد البيع كان قبل النبوة".

وحتى إذا افترضنا أن خيار المجلس قد عرفه العرب قبل الإسلام ؛ فإنه ولا شك في أن الإسلام قد هذبه، وضبط أحكامه ، وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء التي حرصت على رفع الضرر عن العاقد، وتحريم معاملات الجاهلية التي فيها الغبن والتغرير والقمار والظلم ، أما بالنسبة للخيارات الأخرى ؛ فالظاهر أنها كانت غير معروفة عند العرب قبل الإسلام، بل هي وليدة النظام الإسلامي؛ إذ تبين أن الخيارات من الأمور الفقهية التي نالت الحظوة والعناية من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية ، حيث عكفوا على شرح أحكامها ، وبينوا أدق تفاصيلها ، وهذا ما نقلته لنا كتبهم ، وهي خير شاهد على قولي .

---

(١) والتساوم بين الرجلين في السلعة أن يعرض البائع سلعته بثمن ما ،ويطلبه الآخر بثمن دونه . راجع: الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي لأبي منصور محمد الأزهري ص١١٩ ، دار الفكر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٩م .

(٢) راجع :التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي (تحقيق على معوض وعادل عبد الموجود) ج٣ص٢٩١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ١٤١٨هـ /١٩٩٧م.

(٣) إعلاء السنن ج١٤ ص٢٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

المبحث الثاني
أقســـام الخيـــارات

خصص هذا المبحث لبيان أقسام الخيار عند فقهاء الشريعة، وفي القانون المدني اليمني، وذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول
أقسام الخيارات عند فقهاء المسلمين

قسم غالبية الفقهاء [١] الخيارات إلى طائفتين بالنظر إلى مصدرها وطبيعتها.

(أ) **الطائفة الأولى** : وهي الخيارات الإرادية التي تثبت بمقتضى شرط يتفق عليه المتعاقدان، وتشتمل على ثلاثة خيارات، وهي خيار الشرط وخيار النقد وخيار التعيين، وتسمى عند الفقهاء الخيارات الشرطية أو خيارات التروي، والتسمية الأخيرة[٢] يطلقها في الغالب فقهاء المالكية [٣] والشافعية [٤] أما التسمية الأولى

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط١ ١٤١٧هـ/١٩٩٧م ، وشرح الزرقاني على مختصر سيدى خليل للزرقاني ج٥ ص١١٠-١١١ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٧٨م، وأسنى المطالب للأنصاري ج٢ ص٤٦ ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ،د.ت ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٠ ،والمجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٠٦ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٤٩ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

(٢) وأحيانا يستعمل المالكية والشافعية التسمية الأولى ؛ فيقولون الخيار الشرطي . راجع: مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٠٩، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه مالك (جمعه أبو بكر الكشناوي) ج٢ ص٩٥ ، دار الكتب العلمية، بيروت ،ط١ ،١٤١٦هـ/١٩٩٥م ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٤٩ وجاء فيها :" خيار ترو ويقال له خيار شرطي وهو الذي ينصرف له لفظ الخيار عند الإطلاق" ، والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٠٦ .

(٣) راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٣ ، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٤٩ ، وتبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك لمبارك الإحسائي(شرح محمد الموريتاني) ، ج٣ص٣٧٧ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ،١٩٩٥م .

(٤) راجع: المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٠٦ ، وأسنى المطالب للأنصارى ج٢ ص٤٦ ، ومغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشربينى ج٢ ص٤٣ ، ونهاية المحتاج للرملى ج٤ ص٣.

فيطلقها الأحناف من ذلك ما ذكره الكاسانى[١]،حيث قال : "البيع الذي فيه الخيار لا يمكن معرفة حكمه إلا بعد معرفة أنواع الخيار فالخيارات نوعان : نوع يثبت شرطاً ونوع يثبت شرعاً لا شرطاً ... أما الخيار الثابت بالشرط فنوعان : أحدهما يسمى خيار التعيين والثانى يسمى خيار الشرط".

وقال الحطاب [٢] : "والأصل في البيع اللزوم والخيار عارض وينقسم إلى خيار ترو وإلى خيار نقيصة ، لأنه إما من جهة العاقد أو من جهة المعقود عليه فإن كان من جهة العاقد بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما فهو خيار التروى ويسمى الخيار الشرطى والتروى النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه وإن كان موجبه ظهور عيب في المبيع أو استحقاق فهو خيار نقيصة ".

وقال الأنصارى [٣] : "الخيار ضربان : خيار نقص وخيار ترو ، والأخير هو ما يتعلق بمجرد التشهي وله سببان المجلس والشرط".

وعلى هذا الأساس فالخيارات الشرطية أو الاتفاقية يتوقف ثبوتها على شرط يتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتيهما ، وذلك بهدف التفكر والتروى لدفع الضرر قبل وقوعه[٤] ، وبذلك فإن اشتراط الخيار يحقق للعاقد مصلحة راجحة.

(ب) <u>الطائفة الثانية</u> : وهي الخيارات التي لا تثبت باتفاق المتعاقدين ، وإنما أثبتها الشارع الحكيم للمتعاقد عند وجود النقص ، وهي تسمى خيارات النقيصة أو الخيارات الحكمية ، وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها : "ما تتعلق بفوات شئ مظنون

(١) راجع: بدائع الصنائع ج٧ ص٢٧١.
(٢) راجع : مواهب الجليل ج٤ ص٤٠٩-٤٢٥.
(٣) راجع: أسنى المطالب ج٢ ص٤٦ ، راجع كذلك : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٠٦ .
(٤) راجع : المنثور في القواعد للزركشى الشافعى ج٢ ص١٤٦.

الحصول".[١] ، وقال آخرون: "وهي ما كان سببها خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي".[٢]

والواضح من هذه التعاريف أن هذه الخيارات تنشأ بحكم الشرع عند ظهور أسبابها؛ كالنقص في المبيع، وهو ما يعرف بالعيب ، أو خلف الصفة المرغوبة أو النقص في علم المتعاقد ؛ كالتدليس أو الغبن أو غير ذلك من الأسباب الشرعية التي تخول العاقد الخيار بموجب الشرع ؛ لأن الشارع قد أثبتها للعاقد بهدف رفع الضرر الناشئ عن العقد[٣].

(ج) عقد موازنة بين الخيارات الثابتة بالشرط ، والخيارات الثابتة بمقتضى الشرع :

١- الخيارات الشرطية مصدرها إرادة الطرفين ؛ فالإرادة هي التي أنشأت الخيار بهدف منح المتعاقد صاحب الخيار فرصة للتروى والتأمل والنظر بهدف اكتمال الرضا ؛ فمثلاً يحق للمتعاقد أن يشترط لنفسه الخيار لمدة معينة يقوم خلالها بفحص المبيع أو تجربته أو استشارة الغير فيه ، وهذا بعكس الخيارات الشرعية ؛ فهي تنشأ تلقائياً بمجرد وجود نقص في المبيع كالعيب ، أو وجود تغرير أو غبن ؛ فقد أثبتها الشارع لرفع الضرر عن العاقد انطلاقاً من قاعدة أن الضرر يزال.

٢- سبب الخيار الشرطى هو الشرط المقترن بالعقد ، والذي يخول صاحبه الخيار الحق في إمضاء العقد أو فسخه ، أما سبب الخيار الشرعى فهو سابق على العقد ؛ فالعيب مثلاً قد يكون في المبيع قبل التعاقد ثم يكتشفه المشترى بعد العقد عند قبض المبيع ، وعندئذ يثبت له الخيار في الإمضاء أو الفسخ ؛ ولهذا فخيارات النقيصة

---

(١) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٠٦.

(٢) راجع : مغنى المحتاج للشربينى ج٢ ص٤٣ ، ونهاية المحتاج للرملى ج٤ ص٢٥ ، وأسنى المطالب للأنصارى ج٢ ص٥٦ .

(٣) راجع : أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية لعلى الخفيف ص٢٣٣ مطبعة الحلبي القاهرة د-ت ، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ، مرجع سابق ص٤٢٦ ، والخيارات للدكتور / عبد الستار أبوغدة ص٩٠.

تسمى أيضاً الخيارات الحكمية ؛ لأنها تجر الحكم إليها ؛ فيقال بيع آل إلى خيار ، وأما الخيار الشرطي فهو بيع بخيار[١].

٣- في الخيارات الشرطية يتم الاتفاق بين المتعاقدين على مدة محددة يسرى خلالها الخيار ويسقط بزوالها ، أما في خيارات النقيصة فلا يتفق المتعاقدان على مدة معينة بل يظهر الخيار فجأة عند وجود سببه ؛ كخيار العيب ينشأ عند وجود النقص في المبيع .

٤- في الخيارات الشرطية يتم الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد صاحب الخيار سواء أكان البائع أم المشترى أم غيرهما ، أما في الخيارات الحكمية فلا يتم الاتفاق على تحديد صاحب الخيار بل يثبت الخيار لمن تعرض للتدليس أو الغبن أو غير ذلك وغالباً ما يكون صاحب الخيار هو المشترى.

٥- الخيارات الشرطية ــ كما تقدم ــ هي شروط تقترن بالعقد عند انعقاده، وهي تحفظات يضعها المتعاقدان بمحض إرادتهما المشتركة ؛ في حين أن الخيارات الحكمية بمثابة الجزاء الذي أوقعه الشارع بهدف المحافظة على كمال الرضا ، وإعادة التوازن العقدي بعد تعرضه للاختلال[٢] بسبب التدليس أو الغبن أو العيب أو غير ذلك .

٦- مجال الخيارات الحكمية واسع ؛ إذ تشتمل على خيارات كثيرة ومتنوعة ؛ كخيار العيب وخيار المجلس وخيار الرؤية وخيار الغبن ، وخيار التدليس وخيار فوات الوصف وغير ذلك وأسبابها متعددة ، في حين أن مجال الخيارات الإرادية ضيق؛ إذ تشتمل على ثلاثة خيارات فقط ــ كما تقدم ــ وهي خيار الشرط وخيارى النقد والتعيين .

وهناك بعض الخيارات الحكمية التي تشبه الخيارات الشرطية أهمها خيار الوصف، وعلى الرغم من الشبه بينه، وبين الخيارات الشرطية ؛ فإنه لا يعد

---

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٣ ، وبلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٤٦، مكتبة الحلبي ، القاهرة،١٩٥٢م، وحاشية العدوي للشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي الشاذلي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ج٢ ص١٢٤ ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨م.

(٢) راجع :الخيارات للدكتور /عبد الستار أبوغدة مرجع سابق ص١٩

منها لعدم تحقق معنى التروي فيه ؛ ولأن النقص في الصفة بمنزلة وجود العيب كمال يرى بعضهم بحق[١]، وقد صنفه غالبية الفقهاء[٢] ضمن خيارات النقيصة بسبب وجود النقص في المبيع ؛ إذ يحق للعاقد فسخ العقد بسبب وجود النقص، وفي هذا الصدد قال بعض الفقهاء : " وأما الخيار لفقد الصفة فهو كخيار العيب لأن الشرط أوجب كون المبيع على صفة فيجب الخيار لعدمها كما أن العقد المطلق أوجب صفة المبيع فثبت الخيار لفقد الصفة" [٣]

وقد ذكر بعض المعاصرين[٤] أن هذا الخيار حكمي المنشأ مع ما فيه من شبه بالخيارات الإرادية ؛ لأنه لا يثبت بناءً على اشتراط المتعاقدين ، بل إن حكم الشارع هو السبب المنشئ له ؛ لأن العاقد لا يشترط أصل الخيار إنما تنصب إرادته على اشتراط أمر زائد يثبت له الخيار بفواته ؛ وعلى ذلك فإن إرادة الطرفين ليست هي السبب المباشر في ثبوت هذا الخيار، وبذلك يظل من خيارات النقيصة.

وعلى الرغم من أن الفقهاء قد صنفوا الخيارات إلى طائفتين كما تقدم ، فإنهم قد اختلفوا حول عدد الخيارات حتى على مستوى المذهب الواحد ، فعند الأحناف ذكر بعضهم [٥] أن عددها ثلاثة عشر خياراً، وهي خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب، وخيار الغبن ، وخيار الكمية ، وخيار الاستحقاق ، وخيار كشف الحال ، وخيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض ، وخيار أجازة عقد الفضولي ، وخيار فوات

---

(١) راجع : المعتمد في فقه الإمام أحمد لعمر الشيباني وابن ضويان ج١ ص٤١٩ ، والمجلى في الفقه الحنبلي للدكتور/ محمد سليمان الأشقر ج٢ ص٢٢ ، دار القلم ، دمشق ، ط١ ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨م .

(٢) راجع :شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٥ – ٤٨٦ ، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ج٤ ص١٧٤-١٧٥ ، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد علـيش ج٥ ص١٤٤، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩م ، وروضة الطالبين للنووى ج٣ ص٤٥٨ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م ، وأسنى المطالب للأنصارى ج٢ ص٥٦ ، ونهاية المحتاج للرملى ج٤ ص٢٥ ، وإخلاص الناوي لابن أبي بكر المقرئ اليمنسي ج٢ص٦٦-٦٧ منشورات وزارة الأوقاف ، القاهرة ، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .

(٣) راجع :الموسوعة الفقهية (التجريد) لأحمد القدوري ج٥ ص٢٢٧٢-٢٢٧٣، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٤م .

(٤) راجع : الخيارات للدكتور عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص١١.

(٥) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٦ ص ٢ ــ ٣ ، دار المعرفة، بيروت ، ط٣ ١٤١٣هـ/١٩٩٣م .

الوصف المشروط المستحق بالعقد ، وخيار التعيين ، وخيار الخيانة في المرابحة ، وخيار نقد الثمن وعدمه .

وذكر آخرون(١) أن عدد الخيارات سبعة عشر خيارًا ، وهي الخيارات التي تقدم ذكرها مضافًا إليها خيار التغرير الفعلى ، وخيار ظهور المبيع مستأجرًا أو مرهونًا ، وخيار التولية ، وأضاف إلى ذلك أيضا الخيار في الإقالة والتحالف ، والخيار في الإقالة يتحقق عندما يقوم أحد المتعاقدين بإقالة الآخر ؛ فالآخر بالخيار بين القبول وعدمه ، وكذلك الحال في التحالف ؛ إذ يخير كل منهما بين الحلف وعدمه ؛ فلو اختار عدم الحلف يلزمه دعوى صاحبه ، وصورة التحالف تكون عند الاختلاف بين المتعاقدين في قدر الثمن أو المبيع أو فيهما ويعجزان عن البينة ولم يرض أحدهما بدعوى الآخر وعندئذ يتحالفان ، ويفسخ القاضى العقد بطلب أحدهما(٢) .

وقد ذكر المالكية(٣) الخيارات المشروعة عندهم ، وهي خيار الشرط ، وخيار التعيين ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية ، وخيار التغرير ، وخيار فوات الوصف .

أما الشافعية(٤) فالخيارات المشروعة عندهم هي خيار المجلس ، وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار الغبن ، وخيار التغرير .

وقد عدد الحنابلة(٥) الخيارات المشروعة عندهم، وهي خيار الشرط وخيار المجلس، وخيار العيب وخيار الغبن ، وخيار التدليس ، وخيار النقد ، وخيار يثبت في البيع بتخيير الثمن متى ظهر أقل أو أكثر، وخيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة ، وخيار يثبت لاختلاف المتبايعين .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين مع تنوير الأبصار للتمرتاشي ج ٧ ص١٠٨،١٠٦

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص ١٠٨ .

(٣) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٥ ص ٤٥٣ ، ٤٨١ ، ٤٨٥ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبيرللدردير ج ٤ ص ١٤٩ ، ١٧١ ، ١٩٠، ومواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٤٠٩ ، ٤٢٠

(٤) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج ٩ ص ٢٠٦ ، وحواشى الشرواني وابن قاسم ج ٤ ص ٣٣٢ ، وأسنى المطالب للأنصارى ج ٢ ص ٤٦ .

(٥) راجع : كشاف القناع للبهوتى ج ٣ ص١٩٦-٢٣٦ دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢م ، والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٦٩ - ٧٠ ، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج ٨ ص ٢٧٠ ـ ٣٤٢ ، مؤسسة آسام ، الرياض ،١٩٩٧م، والدرر النقي في شرح ألفاظ الخرقي لابن المبرد ج١ ص٤٤٢-٤٤٣ ،جدة ، ط١ ،١٤١١هـ/١٩٩١م .

وقد بلغت الخيارات عند الزيدية [١] ثلاثة عشر خيارًا ، وهي خيار تعذر تسليم المبيع، نحو أن يبيع شيئًا متعذر التسليم لمانع كالمغصوب فهنا يثبت الخيار للمشترى ، وخيار يثبت للمشترى لفقد صفة في المبيع سواء ذكرت بغير شرط أم مشروطة ، وخيار يثبت للغرر؛ كالمصراة ، وخيار يثبت للخيانة الواقعة من البائع كما هو الحال في المرابحة والتولية [٢]، وخيار الجهالة ؛كأن يشترى شيئاً لا يعلم قدر ثمنه فيخير لجهل معرفة قدر الثمن، أو خيار جهل المشترى مقدار المبيع ؛ كأن يقول البائع بعتك بمائة درهم من هذا على ما قد بعت [٣] ، وخيار التعيين، وخيار الغبن، وخيار بيع الفضولى مال الغير ، فللغير الإجازة أو الفسخ ، وخيار الرؤية ، وخيار الشرط ، وخيار العيب .

وقد أجاز الإمامية عدداً من الخيارات، وهي خيار المجلس ، وخيار الحيوان ، وخيار الشرط، وخيار الغبن ، وخيار تأخير الثمن، وخيار النقد، وخيار العيب. [٤]

وأجاز الإباضية [٥] بعض الخيارات المهمة ؛ كخيار الشرط والتعيين والعيب والرؤية .

وقد أجاز الظاهرية [٦] بعض الخيارات ؛ كالخيارات التي تثبت بالنص الشرعى وأهمها خيار من يقول لا خلابة عند التبايع ، وخيار العيب.

هذه هي آراء الفقهاء بشأن أقسام الخيارات وعددها ، ويلاحظ أن الأحناف قد توسعوا في الخيارات وأجازوا كثيرًا منها ، وقريب منهم الزيدية ثم الحنابلة والمالكية ، والذي يظهر أن مسلك الأحناف هو الراجح كما يبدو لي ؛ لأن الخيارات تعد مزية من المزايا التي منحها الشارع الحكيم للمتعاقد بهدف الحفاظ على الرضا وهذا بيت القصيد في

---

(١) راجع : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لمحمد الشوكانى ج ٣ ص٢٦٦، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د – ت ، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٠-٣٩٦، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء ، ١٩٩٣م .

(٢) المقصود بالتولية البيع بمثل الثمن الأول ، أما المرابحة فالبيع بالثمن الأول مع زيادة ربح معلوم ،والوضيعة هي البيع بمثل الثمن الأول مع نقصان يسير ،أو البيع بأنقص من الأول .راجع :حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٣٥٠-٣٥١ .

(٣) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسى ج ٢ ص ٣٩٣ .

(٤) راجع : شرائع الإسلام في الفقه الجعفري للمحقق الحلي ج ١ ص١٦٨-١٦٩، منشورات دار الحياة ، بيروت ، ١٩٧٨م رياض المسائل للطباطبائى قدة ج٥ ص١٠٥

(٥) راجع : شرح الكتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٩ ص ٢٤٦ .

(٦) راجع : المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٧ ص ٢٦٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٨هـ /١٩٨٨م،

مجال المعاملات المالية ؛ فالعقود لا تقوم إلا على كمال الرضا ، والخيار يحقق ذلك، ويقطع دابر المشاحنة، والمنازعة بين الناس .

وقبل مغادرة هذا الموضوع رأيت أنه من المفيد أن أعطي تعريفاً موجزاً لأهم الخيارات في مجال المعاملات المالية ، ولن أتطرق إلى تعريف الخيارات الثابتة بالشرط لكونها محل دراسة هذا البحث ، وقد خصص لكل واحد منها بابًا خاصاً .

وعلى ذلك نورد التعاريف الآتية:

١- **خيار المجلس** : وهو الذي بموجبه يحق لكل واحد من المتبايعين فسخ العقد ما داما مجتمعين في المجلس، ولم يتفرقا [١] وهذا الخيار من الخيارات الشرعية التي تثبت بمقتضى الشرع دون أن يتفق المتعاقدان عليه .

٢- **خيار العيب** : هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا ظهر له عيب في أحد البد لين، ولم يكن صاحبه عالماً به عند التعاقد[٢] .

٣- **خيار الرؤية** : حق يثبت لمن اشترى شيئاً دون أن يراه من قبل ؛ إذ يجوز له إذا رآه أن يأخذه بجميع الثمن أو يفسخ العقد ويرده [٣] .

٤- **خيار التغرير** : وبموجبه يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغرر أن يمضى العقد، أو يفسخه [٤] ، وأبرز مثال على ذلك بيع المصراة ، وهو أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع اللبن فيظن المشترى أنها غزيرة اللبن ، والخيار الوارد هنا يكون للمشترى إذا حلبها فله أن يردها مع صاع من تمر ، وله أن يمسكها[٥] .

---

(١) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٦٩ ، ص ٤٣٦ .

(٢) راجع : تحفة الفقهاء للسمر قندي ج ١ ص٩٣-٩٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٤ م ، والاختيار لتعليل المختار لابن مود ود ج ٢ ص ١٨ ،دار المعرفة ،بيروت ،١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.

(٣) راجع : البناية في شرح الهداية للعيني ج ٦ ص٢٦١، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٤٠١هـ/١٩٨١م، والهداية شرح بداية المتبدى للمرغيناني ج ٣ ص٣٤-٣٥، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، د ـ ت .

(٤) راجع : عيون الأزهار لابن المرتضى ص ٢٦٦ ، دار الكتاب اللبناني ،بيروت ،ط١ ،١٩٧٥م ، ورياض المسائل للطباطبائي قده ج ٥ ص ١١٥ .

(٥) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص ١٠٧ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٨٩ .

٥- **خيار ظهور المبيع مستأجرًا أو مرهونًا** ؛ كما لو اشترى أحدهم داراً فظهر لـه أنها مرهونة أو مستأجرة ، فعندئذ يثبت له الخيار ويحق له أن يمضي العقد أو يفسخه[١] .

٦- **خيار الغبن** : وهو أن يبيع شيئًا يساوى عشرة بثمانية ، أو يشترى شيئًا يساوى ثمانية بعشرة ، وقيل يقدر بالثلث ، ويثبت الخيار للمغبون بين الفسخ، وبين الإمساك بكل الثمن والغبن محرم ؛ لأن فيه تغريرًا بالمشترى ، وخاصة إن كان خارجاً عن العادة[٢] .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص ١٠٨ .

(٢) راجع : المعتمد في فقه الإمام أحمد لعبد القادر الشيبانى وابن ضويان ج ١ ص٤١٥، والمجلى في الفقه الحنبلي للدكتور/ محمد سليمان الأشقر ج ٢ ص ١٩ .

المطلب الثاني
أقسام الخيارات في القانون المدني اليمني

تناول المشرع اليمني أقسام الخيارات في الفصل السادس من الباب الأول الخاص بالعقد ، حيث أطلق على هذا الفصل تسمية الأوصاف المعدلة لأثر العقد ، وقد احتوى على العديد من الخيارات المهمة في مجال المعاملات المالية ، وهي خيارات الشرط والمجلس والرؤية والعيب ، وقد بين أحكام كل خيار من هذه الخيارات على حده .

فخيار المجلس نظمه المشرع اليمني في المادتين (٢٢٩ ـ ٢٣٠)، حيث تنص المادة (٢٢٩) من القانون المدنى النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م [1] على أنه: " ينقطع خيار المجلس بتفرق المتعاقدين اختياراً ببدنيهما عن مجلس العقد عرفاً وبالاختيار فإذا اختار أحدهما سقط حقه في الخيار وبقي حق الآخر فيه ، وإذا مات من له الخيار في مجلس العقد انتقل إلى ورثته في مجلس العلم " .

وقد وردت أحكام خيار الشرط في المواد (٢٣١ـ٢٣٧)،وسيتم لاحقا دراسة هذا الخيار ومقارنة أحكامه بآراء الفقهاء المسلمين . [2]

أما خيار الرؤية فقد نظمه المشرع اليمني في المواد (٢٣٨ ـ ٢٤١) حيث عرفته المادة (٢٣٨) بأنه " الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المعقود عليه في عقود المعاوضة المالية وهي الشراء والإجارة، وقسمة الأعيان، والصلح بمال ،ولا يثبت في العقود التي لا تحتمل الفسخ "

ووردت أحكام خيار العيب في المواد (٢٤٢ـ٢٥٧) حيث عرفته المادة (٢٤٢) بأنه: " ما وجب لظهور شئ في المعقود عليه ينقص القيمة أو يفوت غرض العاقد

على أن المشرع اليمني لم يكتف بالخيارات الأربعة فقط ، وإنما ذكر جملة من الخيارات في ثنايا القانون المدنى رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م ، وهي خيار فوات الوصف المرغوب فيه، و خيار التعيين، و خيار نقد الثمن ، وخيار بيع الفضولي، وخيار الخيانة

---

(١) راجع : الجريدة الرسمية ، العدد السابع ، الجزء الأول ، منشورات وزارة الشئون القانونية، صنعاء، ٢٠٠٢م .

(٢) سيرد ذلك في الباب الأول من هذا البحث .

في المرابحة، وخيار الخيانة في التولية ، وخيار الخيانة في المخاسرة ،وخيار التدليس ، وخيار الغبن ، وسيتم التعريف بكل واحد من هذه الخيارات على النحو الآتي :

- **خيار فوات الوصف المرغوب فيه** : وهذا الخيار جاء في المادة ٤٨٤ من القانون المدنى التي تنص على أنه " إذا بيع شئ بوصف مرغوب فيه من المشترى فوجده المشترى خالياً من هذا الوصف فله الخيار بين رده وفسخ البيع أو أخذه بالثمن المسمى في العقد " .
- **خيار التعيين** : وقد ورد هذا الخيار في المادة (٤٨٥) من القانون المدنى ، وسيتم التطرق إلى تعريفه ، وبيان أحكامه في الباب الثالث من هذه الرسالة .
- **خيار نقد الثمن** : وقد ورد مضمونه في المادة (٥٥٥) من القانون ، وسيتم بحثه في الباب الثاني من هذه الرسالة .
- **خيار بيع الفضولى** : وقد ورد ذكره في المادة (٤٦٧) والتي أشارت إلى أن بيعه موقوف على إجازة مالك الملك ؛ إذ له الخيار أن يجيز ما فعله الفضولى أو يرفضه ؛ حيث نصت على أن "بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكه ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه"
- **خيار الخيانة في المرابحة**[1] : ورد هذا الخيار في المادة(٥٧١) التي نصت على أنه: " إذا ظهرت خيانة في المرابحة كان المشترى بالخيار بين إمضاء العقد بجميع الثمن أو فسخه إن كان المبيع قائمًا ولم يتعيب بعيب جديد وله المطالبة بما تضرر به بسبب الخيانة "
- **خيار الخيانة في التولية** : وقد ورد هذا الخيار في المادة (٥٧٣) التي نصت على أن: " التولية كالمرابحة إلا أنها بالثمن الأول فقط مع جواز ضم المؤن دون زيادة ربح، وإذا ظهرت خيانة في التولية كان المشترى بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه مع إنقاص أرش الخيانة" .
- **خيار الخيانة في المخاسرة** : وقد ورد هذا الخيار في المادة (٥٧٤) والتي نصت على أن " المخاسرة كالمرابحة والتولية مع إنقاص جزء من الثمن الذي اشترى به

---

(١) وقد عرفت المادة ٥٧٠ المرابحة بأنها : " بيع الشخص ما اشتراه بعقد صحيح بالثمن الذي اشترى به مع زيادة ربح معلوم " .

في العقد الأول وإذا ظهرت خيانة في المخاسرة كان المشترى بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه مع إنقاص أرش الخيانة " .

- **خيار التدليس** : وقد ذكر المشرع اليمني هذا الخيار في المادة (١٧٩) من القانون المدني ، والتي تنص على أنه : " إذا عمد أحد المتعاقدين إلى تغرير (تدليس) كان من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثانى العقد لا يصح العقد ، ويكون للطرف الثانى طلب الحكم بإبطال العقد كما يكون له إبقاؤه ، وتعتبر كل حيلة يلجأ إليها أحد المتعاقدين تغريرًا ".
- **خيار الغبن** : أجاز المشرع اليمني للمغبون الخيار بين إبطال العقد، أو إزالة الغبن إذا كان الغبن فاحشاً وفيه غرر ، وهذا ما ورد في المادة (١٨١) التي نصت على أن : " الغبن هو أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع العوض الآخر ، ولا تأثير للغبن على صحة العقد من البالغ العاقل إلا إذا كان فاحشاً وفيه غرر ، ويعتبر الغبن فاحشاً إذا بلغ عُشر قيمة المعقود عليه وقت التصرف وعلى الحاكم أن يستجيب لطلب إبطال العقد أو إزالة الغبن بحسب طلب المغبون ".

- <u>**موازنة بين القانون المدني اليمني ، وآراء الفقهاء المسلمين :**</u>

بالموازنة بين موقف القانون المدني اليمني في هذه المسألة ، وآراء الفقهاء يتضح أن المشرع اليمني قد سلك مسلك فقهاء المسلمين إجمالاً ، حيث إنه قد أجاز كثيراً من الخيارات ، وهو بذلك قد أحسن صنعاً ؛ لأن الأخذ بما قرره الفقهاء المسلمون أمر محمود العواقب لما يحتويه الفقه الإسلامى من ثروة فقهية هائلة يحق لنا أن نفخر بها ، ونستفيد منها بدلاً من إهمالها ، والبحث عن سواها من القوانين الوضعية التي صنعتها عقول البشر القاصرة .

البــاب الأول

خيـــــار

الشـــــــرط



الباب الأول
خيار الشرط

تمهيد وتقسيم:

يعدُ خيار الشرط من أشهر الخيارات في العقود؛ حيث إن لفظ الخيار ينصرف إليه عند الإطلاق في عرف الفقهاء، فضلاً عن كونه عمدة الخيارات الإرادية وأهمها؛ ولذا سأحيل إليه بعض الأحكام المتشابهة في خياري النقد والتعيين، بهدف عدم التكرار؛ نظراً لشمول أحكامه؛ ولأن الفقه الإسلامي قد عول عليه كثيراً، وبين أحكامه تفصيلاً.

وقد خُصص هذا الباب لدراسة أحكام خيار الشرط باستفاضة، وذلك من حيث التعريف به، وبيان دليل مشروعيته ، وصاحب الحق فيه، ومجاله والشروط اللازمة لقيامه، وآثاره في العقود التي يدخلها ،ومسقطاته، وتطبيقاته المعاصرة في معاملات المصارف الإسلامية، وكل هذه الأمور سيتم بحثها عند فقهاء الشريعة، وفي القانون المدني اليمني، وذلك في ثلاثة فصول على النحو الآتي:

- **الفصل الأول : حقيقة خيار الشرط ، ومشروعيته وصاحبه ومجاله.**
- **الفصل الثاني : شروط خيار الشرط وآثاره.**
- **الفصل الثالث : مسقطات خيار الشرط، وتطبيقاته المعاصرة في معاملات المصارف الإسلامية.**



الفصل الأول

حقيقة خيار الشرط ومشروعيته وصاحبه ومجاله



الفصل الأول
حقيقة خيار الشرط ومشروعيته وصاحبه ومجاله.

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا الفصل حقيقة خيار الشرط عند فقهاء الشريعة، وآراءهم حول مشروعيته، وصاحب الحق فيه ومجاله، مع بيان موقف القانون المدني اليمني من كل ذلك ، وتفصيلاً لذلك تم توزيع هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول : حقيقة خيار الشرط

المبحث الثاني : مشروعية خيار الشرط

المبحث الثالث : صاحب خيار الشرط، ومجاله



المبحث الأول
حقيقـــة خيار الشـــرط

يبين هذا المبحث حقيقة خيار الشرط من حيث التعريف به، وتحديد طبيعته، وصيغته ، وذلك في مطلبين خصص الأول لبيان تعريف خيار الشرط ، والثاني لتحديد طبيعة خيار الشرط وصيغته ،

المطلب الأول
تعـــريف خيار الشـــــرط

أولاً: معنى خيار الشرط لغة :

خيار الشرط كما هو واضح من اسمه مركب إضافي يتكون من كلمتين الأولى(خيار)، وهى مضاف ، والثانية (شرط) وهى مضاف إليه، وإضافة الخيار إلى الشرط من باب إضافة الشيء إلى سببه[١] ؛ لأن الشرط سبب للخيار ، ولولا الشرط لما ثبت هذا الخيار، ولما سمي بهذه التسمية، وقد تقدم بيان معنى الخيار لغة، واصطلاحا[٢].

ولم يبق هنا سوى معرفة معنى الشرط لغةً واصطلاحاً ، وسيتم تناول ذلك على النحو الآتي:

١- معنى الشرط لغة:

الشرْط بسكون الراء، يعنى إلزام الشيء والتزامه سواء أكان في البيـــع أم نحوه، وهو مفرد، وجمعـــه شروط؛ مثل فلس فلوس، أما الشرَطَ بالتحريك (أي بفتحتين) فيعنى العلامة، وهو مفرد وجمعه أشراط مثل سبب أسباب، ومنه أشراط الساعة، أي علاماتها[٣]، وفي التنزيل العزيز قال تعالى : " فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ

(١) راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٧ ص١٠١، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص١٥٨.

(٢) تقدم ذلك في ص٢ــ٣ من البحث.

(٣) راجع : لسان العرب لابن منظور باب الشين، مادة (شر ط) ، ج٤ ص٢٢٣٥، والقاموس المحيط للفيروزآبادى باب الطاء، فصل السين والشين مادة شرط ،ج٢ ص٣٨١، ومختار الصحاح للرازي، باب الشين،مادة (ش رط) ص٣٣٤، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، كتاب الشين، باب الشين والراء وما

أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ "[١] ؛ ولذا يقال أشرط فلان نفسه لأمر كذا أي اعلمها له وأعدها، ويقال أشرط طائفة من إبله وغنمه أي عزلها، واعلم أنها للبيع، قال الأصمعي: ومنهُ سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد[٢].

٢- تعريف الشرط اصطلاحاً:

عرف بعضهم الشرط بأنه: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[٣] ،وعرفه آخرون بأنه : " ما يتعلق به الوجود دون الوجوب "[٤]

و يتضح من هذين التعريفين أن الشرط في اصطلاح الأصوليين هو وصف ظاهر منضبط يستلزم من عدمه عدم الحكم، أو عدم السبب، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم[٥].

والمعنى هنا أن الشرط أمر خارج عن المشروط، يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط، فالوضوء مثلاً شرط في صحة الصلاة يلزم من عدمه عدم الصلاة، ولكن لا يلزم من وجوده الوجود ؛ لأن الإنسان قد يتوضأ ولا يصلى، وهو خارج عن حقيقة الصلاة ؛ لأنها الأقوال والأفعال المبتدأة بالتكبير المختتمة بالتسليم،

= يثلثهما،مادة شرط ج٢ص٢٦٠ وما يليها، وتاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي، باب الطاء، فصل الشين،مادة شرط،ج٥ ص١٦٦، ١٧٦،المطبعة الخيرية بالجمالية ،القاهرة ،ط١ ١٣٠٦هـ ، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري،شرط، ج٣ ص١١٣٦، دار العلم للملايين،بيروت، ط٣ ،١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

(١) سورة محمد : الآية ١٨.

(٢) المصباح المنير للفيومي في غريب الشرح الكبير للرافعي، كتاب الشين، مادة شرط،ج١ ص٣٠٩.

(٣) راجع : شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير في أصول الفقه للفتوحي الحنبلي ج١ ص٤٥٢، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣م ، والفروق للقرافي ج١ص٦٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، د. ت .

(٤) راجع :المنار للنسفي بشرح فتح الغفار لابن نجيم ص٤٣٩-٤٤٠ ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط١ ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م .

(٥) راجع : الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٣٤، وأصول الفقه للدكتور/وهبة الزحيلي ج١ص٩٩، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨م.

كذلك حولان الحول لوجوب الزكاة، والإحصان لسببيه الزنا للرجم[١]، ولهذا فالشرط هو ما يضاف الحكم إليه عند وجوده لا وجوباً[٢].

والشرط عند الأصوليين يتنوع إلى أنواع عدة [٣]، لاعتبارات مختلفة، وله كذلك إطلاقات محددة كالشرط العادي، واللغوي، والشرعي وغير ذلك، ولا يعنينا في هذا المقام ذكر أنواع الشروط جميعها لورودها خارج نطاق البحث، فيكفي أن أشير إشارةً سريعةً إلى أن الشرط من حيث مصدره ينقسم إلى نوعين:

النوع الأول : مصدره الشرع، وهو ما يسمى بالشرط الشرعي ؛ كالطهارة في الصلاة.

والنوع الثاني : مصدره المكلف ويكون اشتراطه بتصرف المكلف، وإرادته كتعليق العقد على شرط ، أو اقتران العقد بشرط[٤]، والواضح أن شرط الخيار من هذا النوع ؛ لأن مصدره المكلف فهو شرط تقييدي يقترن بالعقد ، ويعدل من آثاره.

ثانياً: تعريف خيار الشرط اصطلاحاً:

١- تعريف خيار الشرط عند بعض فقهاء الشريعة:

تحدث فقهاء الشريعة عن خيار الشرط، وذكروا ماهيته، حيث تفاوتت ألفاظهم بين مسهب، وموجز، وسيتم فيما يلي ذكر أهم التعاريف التي وردت في كتبهم:

---

(١) المراجع السابقة الصفحات ذاتها

(٢) التعريفات للجرجاني ١٢٥-١٢٦-، دار الكتب العلمية ،بيروت ط٣ ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

(٣) للاستزادة راجع: شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير للفتوحي ص٤٥٣، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ، ج١ص٤٣٧، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٧م ، والتحصيل من المحصول لسراج الدين الأرموى ج١ص٤٣٧، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨م، وميزان الأصول في نتائج العقول للسمرقندي ص٦٢٠ مكتبة دار التراث، القاهرة، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

(٤) راجع : الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ج٢ص٢٨٣-٢٨٤، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، د.ت ، ونظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي لهاشم عبد المقصود ص٣٢، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، د-ت ، ونظرية الشرط عند الأصوليين وأثرها في الفقه الإسلامي لعبد القادر محمد أبو العلا ص١٦٧، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون الأزهر ١٩٨٣م ، وموسوعة الفقه الإسلامي تأليف مجموعة من العلماء المتخصصين، ج١١ ص١٤١-١٤٢، مطبوعات وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ١٩٨٧م.

أ-تعريف الأحناف:

قال ابن عابدين[١]: خيار الشرط هو "مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ".

وقال الطحطاوى[٢] : خيار الشرط هو " الذي يكون فيه العاقد مخيرا بين قبول أصل العقد ورده".

ب- تعريف المالكية:

نقلت كتب المالكية ذلك التعريف المشهور لابن عرفة[٣] المالكي ، والذي عرّف خيار الشرط بأنه : "بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع"[٤].

ج- تعريف الشافعية:

وقد قسموا الخيارات كما تقدم ، إلى نقيصة وتشهي ، وهذا الأخير سببه الشرط أو المجلس، وقد عرفوه بأنه : "ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما، وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في البيع، وسببه المجلس أو الشرط"[٥].

د- تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامة[٦] خيار الشرط : "هو الذي يشترط في البيع مدة معلومة، ويثبت ما يتفقان عليه في المدة المعلومة، وإن زادت على ثلاثة لأنه حق يعتمد الشرط".

---

(١) حاشية رد المحتار ج٧ ص١٠٩.

(٢) حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج٣ ص٢٨، مطبعة حلبي ، القاهرة، د. ت.

(٣) هو: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، ولد في سنة ست عشرة وسبعمائة للهجرة، إمام تونس وعالمها وخطيبها ومفتيها قُدم للخطابة سنة اثنتين وسبعين وسبعمائة للهجرة، وللفتوى سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة للهجرة كان من كبار فقهاء المالكية من تصانيفه (المبسوط) في الفقه، والحدود في التعريفات الفقهية،مات في سنة ثمان وثمانين وسبعمائة للهجرة (راجع الأعلام للزر كلي ج٧ ص ٤٣ ، دار العلم للملايين ،بيروت ،١٩٧٩م).

(٤) راجع: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص٣٦٥، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١ ١٩٩٣م .

(٥) راجع: مغنى المحتاج للشر بيني ج٢ ص٤٣، والبجيرمي على حاشية الخطيب ج٣ ص٣١٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٢م، وحاشية النبراوي على شرح الخطيب ج١ ص ٤٠٥-٤٠٦، دون دار نشر، وتاريخ.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد ج٢ ص٤٥، المكتب الإسلامي، بيروت ، ط٣ ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

وقال البهوتي[١] :" شرط الخيار هو ذلك الشرط الذي يشترطاه المتعاقدان في العقد أو بعده في زمن الخيارين أي خيار المجلس وخيار الشرط".

<u>هـ - الشيعة الإمامية:</u>عرف بعض الشيعة[٢] خيار الشرط بأنه "الخيار المجعول باشتراطه في العقد، إما لكل من المتعاقدين أو لأحدهما بعينه، أو لأجنبي"، ولم أعثر لفقهاء الزيدية على تعريف محدد.

<u>و- الاباضية:</u>

عرف الإباضية خيار الشرط بتعريف لا يختلف عن تعريف ابن عرفة المالكي؛ حيث قالوا : إن خيار الشرط هو" بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع"[٣]

<u>٢- تعريف خيار الشرط في القانون المدني اليمني:</u>

لم يضع المشرع اليمني تعريفاً محدداً لخيار الشرط، بل بين مضمون هذا الخيار، وذكر أنه يدخل في العقود التي تحتمل الفسخ، ويكون للمتعاقدين معا، أو لأحدهما، أو لأجنبي، وسماه خيار شرط التروي في إشارة واضحة إلى أن هذا الخيار يشترط في العقد بهدف مراجعة النفس أو مراجعة الغير، حيث نصت المادة (٢٣١) على أنه "يجوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين أو أحدهما أو لأجنبي" . ولم أجد تعريفا لخيار الشرط عند شراح القانون، حيث لم يتناولوا هذا الخيار، ولم يبينوا احكامه.

<u>٣- تعريف خيار الشرط عند بعض المحدثين:</u>

عرف بعض المحدثين خيار الشرط بتعاريف محددة سيتم ذكر أهمها على النحو الآتي :

أ- قال بعضهم خيار الشرط : "هو ذلك الخيار الذي بموجبه يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان"[٤]

---

(١) كشاف القناع ج٣ ص٢٠٢.

(٢) منهاج الصالحين للخوئى ج٢ ص٣٤.

(٣) راجع : كتاب النيل وشفاء العليل للثميني ج٩ ص٢٤٦، مكتبة الإرشاد، جدة ، ط٣ ١٩٨٥م.

(٤) راجع: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ، مرجع سابق ص٤٣١.

ب ـــ وقال بعضهم: " هو ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كل منهما بأن له الخيار خلال مدة معلومة"[١].

ج ـــ وقال آخرون : " هو حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يخول مشترطه فسخ العقد في مدة معلومة"[٢].

٤- مناقشة التعاريف:

تبين مما سلف أن التعاريف الواردة في خيار الشرط قد اتفقت جميعها في بعض الأمور أهمها:

١. إبراز الطابع الإرادي أو الاتفاقي لخيار الشرط، فهو ينشأ بناءً على إرادة الطرفين بموجب شرط متفق عليه منهما.

ب. إبراز صاحب الخيار وهو المشترى أو البائع أو هما معا، أو أجنبي عن العقد.

كما يظهر أن التعاريف الفقهية قد تباينت ألفاظها، ولكنها مع ذلك لم تختلف كثيراً في المضمون، فجميعها أبرزت مضمون هذا الخيار؛ فالأحناف ذكروا ماهية هذا الخيار، يقول ابن عابدين إنه مركب إضافي صار علماً في اصطلاح العلماء، والمعنى أن هذا الخيار أضيف إلى سببه فسببه الشرط، والأصل فيه العدم، ولولا الشرط لما ثبت.

أما التعريف الذي أورده المالكية عن ابن عرفة، ففيه بيان الأثر الذي يحدثه هذا الخيار على عقد البيع ، والمعنى المستخلص من ذلك التعريف أن خيار الشرط إذا دخل على عقد البيع وقف بته ، أي صار غير لازم، والوقوف هنا يكون بإرادة صاحب الخيار، ومن حق صاحب الخيار إمضاء العقد أو فسخه، فإذا أمضاه صار العقد لازماً بعد إن كان معلقاً، وهو المقصود من قوله "وقف بته على إمضاء يتوقع" .

وقد ميز هذا التعريف بين خيار الشرط وخيار النقيصة، أو ما يسمى الخيار الحكمي عند المالكية، فالبيع الذي فيه خيار نقيصة لم يتوقف البت فيه أولاً على إمضاء يتوقع، بل

---

(١) راجع : الفقه المنهجي على مذهب الشافعي للدكتور/ مصطفى الخن وآخرين ج ص٢٢، دار القلم ، دمشق ،ط٤ ١٤١٣هـ/١٩٩٢م

(٢) راجع: الخيارات وأثرها في التصرفات للدكتور /عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص١٢٤.

هو بيع آل إلى خيار[١] ؛لأن موجب الخيار فيه متقدم على العقد ؛كالعيب فهو سابق على العقد فعند اكتشاف العيب يحق للمشترى استخدام خيار العيب ؛ ولذا يقال إنهُ بيع آل إلى خيار بمعنى أن الخيار لم ينشئه الطرفان بمحض إرادتيهما، بل جاء قهراً عنهما بموجب الشرع في حين أن خيار الشرط ينشأ بإرادة الطرفين ، ويكون مصاحباً للعقد ، إما في صلب العقد أو بعده بزمن يسير.

أما التعريف الذي أورده الشافعية ففيه إشارة إلى طبيعة هذا الخيار وهو خيار إرادي ينشأ بشهوة الطرفين، ورغبتهما، ولفظ التشهي الذي أطلقه الشافعية لا يختلف عن معنى التروي فهما متشابهان في المعنى متغايران في الصورة.

ويلاحظ أن بعض التعاريف لم تذكر مجال خيار الشرط (العقود التي يدخلها)، ولم تبين مقدار المدة المقررة لهذا الخيار.

وقد ذكر بعض المعاصرين[٢] في تعريفهم لخيار الشرط أهم مشتملات هذا الخيار، ولكن مع ذلك يلاحظ أنهم لم يشيروا إلى أن الخيار يدخل في العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، كما أن معظم تعاريف المحدثين لم تذكر العقود التي يدخلها خيار الشرط ، وبعضها حصر حق الخيار في المتعاقدين دون سواهما.

كما يلاحظ أن الفقهاء لم يتفقوا على تسمية واحدة لهذا الخيار؛ فيسمى عند المالكية بيع الخيارأوخيارالتروي[٣]،ويسمى عند الشافعية خيار التشهي[٤] ، ويسميه الأحناف خيار الشرط ، ومع ذلك فإن هذه التسميات وإن اختلفت بين الفقهاء ؛ فإنها لا تختلف في المضمون؛ حيث يظهر من مضمونها أن هذا الخيار ينشأ بالاتفاق بين الطرفين بهدف التروي والتفكر.

وبعد هذا لا أستطيع أن أرجح تعريفاً بعينه، لعدم اشتمال أي منها على كل السمات اللازمة لقيام خيار الشرط ؛ ولذا يمكن هنا أن أورد تعريفاً متواضعاً، ولا أدعى أنه جامعُ

---

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٣، وشرح منح الجليل لمحمد عليش ج٥ ص١١٢

(٢) راجع: الخيارات وأثرها في التصرفات للدكتور /عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص١٢٤.

(٣) راجع : شرح الزرقانى على مختصر خليل ج٥ ص١١١، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٣، والبهجة في شرح التحفه للتسولي ج٢ ص٥٨، دار الفكر العربي، بيروت، ط٢ ١٩٩١م.

(٤) راجع : مغنى المحتاج للشربينى ج٢ ص٤٣، وحاشية النبراوى ج١ ص٤٠٥، ٤٠٦.

مانع[1]، بل هو خلاصة لما سبقه من تعاريف، ومحاولة متواضعة يبدو ــ والله اعلم بالصواب ــ أن فيها صورة مفصلة لهذا الخيار فأقول إن خيار الشرط هو: **" ذلك الشرط الذي يتفق عليه الطرفان في عقد لازم يحتمل الفسخ، وبموجبه يكون لأحد هما أو لهما معا أو للغير الخيرة في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة".**

ومن هذا التعريف يمكن إبراز أهم سمات خيار الشرط في الآتي:

- إنه خيار إرادي ينشأ بالاتفاق بين الطرفين.
- لا يدخل هذا الخيار إلا على العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ كعقد البيع.
- صاحب الخيار هو أحد العاقدين أو كلاهما أو الغير الذي يختاره الطرفان أو أحدهما.
- إن المدة التي يسرى فيها الخيار لابد أن تكون معلومة، ومحددة بناءً على اتفاق الطرفين.
- سلطة صاحب الخيار تتركز في إمضاء العقد، أو فسخه خلال المدة المحددة للخيار.

---

(١) غير جامع أي لا يجمع كل جزئيات الموضوع، وغير مانع أي لايمنع من دخول غيره فيه.

المطلب الثاني
طبيعة خيار الشرط وصيغته

تبين سلفاً أن هذا الخيار ينشأ باتفاق الطرفين عليه في العقد اللازم الذي يحتمل الفسخ، ومع ذلك فإن هذا الاتفاق[١] لابد له من مسوغ شرعي، أي لابد له من أصل شرعي، مثل سائر الخيارات التي تستند على أصل شرعي[٢].

ولذا فقد قيل إنه سبب أضيف إلى الشرع، ولا يوجد هذا الخيار إلا إذا وجد سببه الإرادي (الشرط) ، وهذا بخلاف خيار النقيصة (الحكمي) الذي أثبته الشرع للعاقد بمجرد العقد قهراً عن المتعاقدين، ولم يجعل ثبوته متوقفاً على سبب أضيف إلى الشرع[٣] كما هو الحال في خيار الشرط.

كما أن خيار الشرط يهدف مشترطه إلى دفع الضرر المحتمل قبل وقوعه -كما تقدم- ، فقد يتوقع العاقد حصول ضرر فيستدركهُ قبل حصوله، ولهذا سمي بخيار التروي، أما خيار النقيصة ؛ فالهدف منه رفع الضرر الواقع[٤]، ومع ذلك فالخياران جائزان بناءً على مسوغ شرعي.

---

(١) راجع: النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور رمضان على الشرنباصى ص١٣٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م ، والوجيز في المعاملات الشرعية للدكتور محمد نجيب عوضين ص٢٦٥، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣م .

(٢) راجع: الخيارات في البيع للدكتور عبد الستار أبو غده ،مرجع سابق ص١٣٨.

(٣) راجع: حاشية الشرقاوى على شرح التحرير للأنصاري ج٢ ص٤٣ ،مطبعة مصطفى الحلبي ،القاهرة ، ط٣ ، ١٣٦٠هـ.

(٤) راجع: المنثور في القواعد للزركشي ج٢ ص١٤٦ .

وقد ذكر بعض الفقهاء[١] طبيعة هذا الخيار صراحة ؛ فقالوا إن خيار الشرط هو رخصة شرعية ؛ لاستثنائه من الغرر[٢] الذي فيه ؛ لأنه حين يقترن بالعقد يجعله في حكم المعلق[٣] ويصير العقد غير لازم، وهذا ينافي مقتضى لزوم العقد[٤] ، ولكن الفقهاء أجازوه لحاجة الناس إليه[٥]، وفي هذا الصدد قال ابن نجيم[٦] : " خيار الشرط ثابت على خلاف القياس وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الإمكان ولم نجعله داخلا على أصل البيع للنهي عن بيع وشرط وخيار الشرط مانع يمنع ابتداء الحكم" .

---

(١) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٠٩، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٣ ، وبلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٤٦ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص ٣١ ،وكتاب غاية المأمول في علم الفروع والأصول لمحمد بن شامس البطاشي ،ج٥ ص ٢٢١ ،منشورات وزارة التراث القومي ، سلطنة عمان ،١٤٠٥هـ/١٩٨٥م . وقال بعض الإباضية إن شرط الخيار عزيمة لا رخصة؛ لأن باب الشرط قد فتح للمسلمين في سائر أمورهم، راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش ج٩ ص٢٤٨.

(٢) الغرر لغة : هو الخطر (راجع : لسان العرب لابن منظور، باب الغين ، مادة غرر، ج ٥ ص ٣٢٣٣-٣٢٣٤)، وفي الاصطلاح تباينت أقوال الفقهاء في تعريفه ؛ حيث عرفه بعض الأحناف بأنه : " ما كان مستور العاقبة " ، وقال بعض المالكية : " هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا " وعرفه بعض الشافعية بأنه : " ما انطوت عاقبته أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما " ، وعلى الرغم من اختلاف هذه التعاريف من حيث الألفاظ إلا أن مضمونها واحد ؛ إذ يتضح منها أن الغرر اسم جامع لكثير من البيوع التي فيها مخاطرة وجهالة ؛ كبيع السمك في الماء وغير ذلك . راجع على التوالي حسب تسلسل التعاريف: المبسوط للسرخسي ج١٢ ص١٩٤، دار المعرفة ،بيروت ،١٣٩٨هـ/١٩٧٨م ، والفروق للقرافي ج٣ ص٢٦٥، وحاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري ج٢ ص٩ .

(٣) حيث لا يدري البائع هل يرجع إليه المبيع أم لا يرجع ،ولا يدري المشتري هل يثبت له المبيع أم لا ،كما أنه لا يجوز الانتفاع بالمبيع في أثناء مدة الخيار . راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش ج٩ ص٢٤٧.

(٤) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٠، ٤١ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٤.

(٥) راجع : نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن على الشاذلي ص١٦٨، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٩٣م.

(٦) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٦ ص٢.

وعلى ذلك فهذا الخيار عبارة عن شرط يقترن بالعقد يجعله غير لازم خلال مدة الخيار، وهو بذلك لا يمنع انعقاد العقد ،ولكن يعمل على تقييد حكمه فلا تترتب آثار العقد بسبب هذا الشرط[١].

ولا يشترط لهذا الخيار صيغة معينة أو قالب محدد، بل المعتمد أنه يصح بكل ما يدل على الرضا به، ولكن لابد من تطابق الإرادتين؛ فلو قال المشترى للبائع أخذت منك هذه السلعة بكذا على أن لي الخيار لمدة كذا، ولم يوافق البائع فلا ينعقد شرط الخيار؛ لأنه صدر عن إرادة واحدة دون موافقة الإرادة الأخرى[٢]،مثله مثل بقية العقود الرضائية التي تتطلب توافق الارادتين.

ويجوز أن يتم شرط الخيار شفاهة أو كتابة حسب العرف السائد في كل منطقة، وحسب المبيع فإذا باع أحدهم لآخر ثوباً ثم قال البائع للمشترى لي عليك الثوب أو الدراهم[٣] ، فهنا يفهم من هذا أن المشترى مخير بين أخذ الثوب أو رده خلال مدة محددة مع أن لفظ خيار الشرط لم يذكر في هذه الصيغة، لكن فحواها يدل على وجود شرط خيار للمشترى.

كما أن التواطؤ على ألفاظ أو عبارات معينة يتولد عنها الخيار سواء أكان ارتباط هذه العبارة بنشوء الخيار صادراً عن الاستعمال الشرعي مباشرة – كما هو الحال في لفظ الخلابة –أم عن العرف ؛ فلفظ <u>لا خلابة</u> يعد من الألفاظ المتواطأ على أن المـــراد بـــه الخيار ؛وفقاً للاستعمال الشرعي شريطة علم المتعاقدين بمعنى العبارة[٤]، وفي هذا الصدد ذكر النووي أن عبارة **لا خلابة** قد اشتهرت في الشرع على أنها تدل على اشتراط الخيار

---

(١) ذكر الدكتور العلفي في بحثه أحكام الخيار في القانون ص١٩٥ أن المشرع قد جعل خيار الشرط بمثابـــة الشرط الواقف، وهذا القول محل نظر لأن المشرع اليمني لم يذكر الشرط الواقف إطلاقا، وعلى ذلـــك فشـــرط الخيار رخصه شرعية وقانونية.

(٢) حاشية قليوبي وعميرة ج٢ ص١٩٢، دار إحياء التراث، القاهرة، د–ت.

(٣) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٩، ٤٠، دار صادر،بيروت ،١٤١١هـ/١٩٩١م والموسوعة الفقهية ج٢٠ ص٧٩ ؛ **ومن الجدير بالذكر أن للعرف حاكمية معينة في تحديد مدلول خيار الشرط ؛ ففي <u>اليمن</u> مثلاً يلاحظ أن لفظ شور وقول هو بمثابة التصريح بشرط الخيار للمشترى ؛ ولمدة يوم أو يومين ، وخاصة في بعض السلع ؛كالثياب ، والسبب في ذلك أن الناس في البيع والشراء قد تعارفوا على أن هذه العبارة تعني <u>خيار شرط للمشتري فقط</u> .**

(٤) راجع : المجموع للنووي ج٩ ص١٩٢.

ثلاثة أيام ، وعلى هذا الأساس فإذا أطلقها المتعاقدان مع علمهما بمعناها، ومقصدها كان ذلك ؛ كالتصريح بالاشتراط.

أما إذا لم يعلما معناها فلا يثبت الخيار قطعاً، أما إذا علم البائع معناها، ولم يعلم المشترى بذلك فهناك وجهان لهذه المسألة أصحهما كما قال النووي لا يثبت الخيار، والوجه الآخر يثبت وهو قول ضعيف وشاذ بل غلطه الفقهاء ؛ لأن المشترى لا يعلم معنى لفظ لا خلابة كما أن معظم الناس لا يعرفون ذلك[١] .

والذي يظهر هنا أن القول الأول هو الصواب ؛ لأن هذا اللفظ **(لا خلابة)** لم يعد له استعمال يذكر في زماننا هذا ، ومن غير المعقول أن نلزم الناس بألفاظ لا يفهمون معناها ؛ ولذلك فالصواب اللجوء إلى اللفظ الصريح الدال على خيار الشرط ، أو اللفظ الذي تعارف عليه الناس في هذه المنطقة أو تلك .

كما أن شرط الاستئمار خيار صحيح ؛ لأنه كناية عن خيار الشرط ؛ كأن يقول: بعتك على أن استأمر فلاناً أو على مشورة فلان، وحدد مدة معينة، فهذا جائز، وقد أشار إليه بعض الفقهاء صراحة [٢].

ومما سلف نخلص إلى نتيجة مفادها أن شرط الخيار له طبيعة إرادية يتحقق بها فلا يقوم إلا بالاتفاق بين الطرفين، وإذا نشأ صار بمثابة اتفاق جديد ، أو عقد جديد ملحق بعقد سابق تم انعقاده فعلاً من قبل ؛ فقد يرد في صلب العقد، ويصير بنداً من بنوده، أو لاحقاً عليه عند من يجيز ذلك [٣] ، ولابد أن يحتوى على ذكر صاحب الخيار، ويجوز أن يبتدئ أحدهم بالإيجاب أو القبول ، ويوافقه الطرف الآخر حتى من غير تلفظ ، على أن الأخرس ومن في حكمه تقوم إشارته مقام الصيغة، وإن لم تفهم إشارته أو حصل له عارض ؛ كالجنون أو الإغماء فإن وليه أو وصيه يقوم مقامه[٤].

---

(١) راجع : المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص١٩٢، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٦.

(٢) راجع: المغنى لابن قدامة ج٣ ص٥٢٦، و المجموع شرح المهذب ج٩ ص٢١٠، ٢١٢.

(٣) أجاز بعض الفقهاء ،ومنهم الأحناف، إلحاق الخيار بعد العقد ولو بأيام، وسيرد تفصيل رأيهم لاحقاً، راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، د ــ ت.

(٤) راجع : المغنى لابن قدامة ج٣ ص٥٠٧ .

المبحث الثاني
مشـــروعية خيار الشرط

خصص هذا المبحث لدراسة مشروعية خيار الشرط ، من حيث بيان آراء الفقهاء فيه، وأدلتهم ،ومناقشتها ،والترجيح بينها، وتفصيل ذلك يأتي في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: آراء الفقهاء، وأدلتهم .

المطلب الثاني : مناقشة الأدلة والترجيح بينها .

المطلب الأول

آراء الفقهـــــاء وأدلتـــهم

تم توزيع هذا المطلب إلى فرعين ، الأول يدرس آراء الفقهاء حول خيار الشرط ، والثاني يتناول أدلة الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، والمانعين له ، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

آراء الفقهاء في خيار الشرط

خيار الشرط جائز باتفاق جمهور العلماء من الأحناف[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]،والزيدية[٥]، والإمامية[٦]،والإباضية[٧]،ما عدا ابن حزم الظاهري الذي لم يجز خيار الشرط إلا لمن يتلفظ – حين يبيع أو يشترى – بلفظ لا خلابة ، وإذا

(١) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٠، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٨، وتبين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٤،المطبعة الأميرية ،القاهرة ،١٣١٣هـ

(٢) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد -الحفيد-، ج٢ ص٣٤١ ، دار الجيل بيروت، ١٩٨٩م، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٠٩، وبلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي على الشرح الصغير للدردير، ج٤ ص٤٦ .

(٣) راجع: موسوعة الإمام الشافعى "الكتاب الأم"، المجلد الثالث ج ٦ ص١٤، دار قتيبة، دمشق ط١ ١٩٩٦م ، وكتاب المجموع للنووى ج٩ ص٢٢٣ وما يليها، والحاوي الكبير للماوردى ج٢ص٤٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، والمهذب للشيرازي ج٢ص٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١ ١٩٩٥م

(٤) راجع: المغنى والشرح الكبير لابني قدامة ج٤ ص٧٣ -٧٤، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ص٢٠٢-٢٠٣، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ج٣ ص٣٩٨، ٣٩٩.

(٥) البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٧، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م ، والروض النضير للسياغي، ج٣ ص٢٥٢ ، دار الجيل، بيروت، د – ت.

(٦) راجع : منهاج الصالحين للخوئى ج٢ ص٣٤، ورياض المسائل للطباطبائى قده ج٥ ص١١٢.

(٧) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش ج ٩ ص٢٥١

تلفظ بهذا اللفظ فله الخيار ثلاث ليالٍ فقط، أما من لا يقول حين يشترى أو يبيع هذا اللفظ فلا يصح له خيار الشرط أبداً حتى وإن اتفق مع المشترى على شرط الخيار[1] .

وقيل إن سفيان الثوري، وعبد الله بن شبرمة، قد ذهبا إلى عدم إجازة هذا الخيار؛ لأن شرط الخيار سيؤدي إلى فساد العقد[2] قال ابن رشد في هذا الصدد " خيار الشرط جائز عند الجمهور، وغير جائز عند سفيان الثوري وابن شبرمة" ،وقيل أيضاً إنهما أجازاه للمشترى فقط دون البائع[3]، وعلى هذا الأساس تبين أن خيار الشرط جائز عند جمهور العلماء ، ولا مخالف لهم سوى ابن حزم الظاهري، أما سفيان الثوري ،وعبد الله ابن شبرمة فلا يوجد دليل قاطع على مخالفتهما للجمهور لاضطراب، وتناقض المقولتين عنهما، ولكن يظهر لي أنهما أجازا هذا الخيار.

والشاهد في ذلك ما نقلتهُ كتب الفقهاء التي تؤكد أنهما قد أجازا خيار الشرط للمشترى[4]، أما ما أورده ابن رشد[5] فقد وقع في تناقض واضح فهو مرة يقول : "وأما جواز الخيار فعليه الجمهور، إلا الثوري وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر" ، ويقول في موضع آخر : " اختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد فقال الثوري وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً" ، وبناء على ذلك فخيار الشرط لم ينكره سوى ابن حزم الظاهري.

---

(١) راجع : المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٢٦٠ .

(٢) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد –لابن رشد الحفيد ج٢ ص٣٤١]،والمحلى لابن حزم ج٧ ص٢٦٤.وجاء فيه أن: "ابن شبر مة وسفيان قالا لا يجوز البيع إذا شُرط فيه الخيار للبائع أو لهما، وقال سفيان: البيع فاسد بذلك، فإن شُرط الخيار للمشترى عشرة أو أكثر جاز"

(٣) راجع : تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٤، والبناية في شرح الهداية للعيني، ج٦ ص٢٥٨ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٠.

(٤) راجع :البناية في شرح الهداية للعيني، ج٦ ص٢٥٨ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٠.

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص٣٤١-٣٤٢.

الفرع الثاني
أدلة الفقهاء

أولاً : أدلة الجمهور :

استدل الجمهور بعدد من الأدلة التي تؤيد وجهة نظرهم وهي من السنة والإجماع والمعقول.

أ ـ الاستدلال بالسنة النبوية الشريفة ، ومنها:

ـ استدل بعضهم [١] بحديث حبان بن منقذ الأنصاري[٢]، والذي روى بطرق عدة تتفاوت إسناداً ودلالة ، وهي كالآتي:

ـ عن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما– " أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ"[٣] .

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج ١٣ص٤٠ ، والعزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص١٨٣ ،والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣١٨ .

(٢) اختلف الفقهاء حول صاحب هذه القصة هل هو حبان بن منقذ أم والده منقذ بن عمرو؛ فقال بعضهم هو منقذ بن عمرو، وقال الأكثر ون هو حبان بن منقذ. [راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٠، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٨، والهداية في شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٧].

وحبان: بفتح الحاء والباء الموحدة المشددة وآخره نون، هو حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء بن مبذول الأنصاري الخزرجي المازني من بني مازن ابن النجار، شهد أحداً وما بعدها، تزوج زينب الصغرى بنت ربيعه بن الحارث بن عبد المطلب، فولدت له يحيى بن حبان، وواسع بن حبان، وهو جد محمد بن يحيى بن حبان شيخ مالك، مات في خلافة عثمان، [راجع في ترجمته: أسد الغابة لابن الأثير ج١ ص٤٣٧، مكتبة الشعب، ١٩٧٠م ، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ج١ ص٣٠٢ ، طبعة ١٣٢٨هـ ، وتهذيب الأسماء واللغات لأبي زكريا النووي ج١ ص١٥٢،دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون تاريخ نشر ، والاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبي عمر يوسف بن محمد بن عبد البر ج١ص٣١٨ ،دار الجيل ، بيروت، ط١ ١٤١٢هـ/١٩٩٢م].

(٣) تقدم تخريج الحديث في ص١٠ من البحث.

ـ ومن طريق محمد بن إسحاق عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ قَالَ هُوَ جَدِّي مُنْقِذُ بْنُ عَمْرٍو وَكَانَ رَجُلًا قَدْ أَصَابَتْهُ آمَّةٌ فِي رَأْسِهِ فَكَسَرَتْ لِسَانَهُ وَكَانَ لَا يَدَعُ عَلَى ذَلِكَ التِّجَارَةَ وَكَانَ لَا يَزَالُ يُغْبَنُ فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ لَهُ إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا[٢]

ـ وعن أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَأَتَى أَهْلُهُ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا يَا نَبِيَّ اللَّهِ احْجُرْ عَلَى فُلَانٍ فَإِنَّهُ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَدَعَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَهَاهُ عَنْ الْبَيْعِ فَقَالَ يَا نَبِيَّ اللَّهِ

---

(١) تقدم تخريج الحديث في ص١٠ من البحث.

(٢) رواه ابن ماجه في سننه، - واللفظ له -، في كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، برقم ٢٣٥٥، ج٤ ص٣٤-٣٥ ، والبخاري في تاريخه الكبير، باب ترجمة منقذ، برقم ١٩٩٠، ج٨ ص١٧-١٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦م ، والدار قطني في سننه، كتاب البيوع، برقم ٢٢٠ ج٣ ص٥٥،٥٦، عالم الكتب ببيروت ،د ـ ت ، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب البيوع، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة...، برقم ١٠٤٥٩، ج٥ ص٤٤٩، وقد ذكره الألباني في صحيح سنن ابن ماجه وقال : "حسن"(راجع صحيح سنن ابن ماجه باختصار السند تأليف الألباني باب الحجر على من يفسد ماله برقم ١٩٠٧ ،ج٢ ص٤١-٤٢ ، مكتب التربية العربي - الرياض ١٩٨٨م) .

إِنِّي لَا أَصْبِرُ عَنْ الْبَيْعِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنْ كُنْتَ غَيْرَ تَارِكٍ الْبَيْعَ فَقُلْ هَاءَ وَهَاءَ وَلَا خِلَابَةَ"(١)

هذه هي طرق الحديث الذي روى منها، ووجه الاستدلال من هذا الحديث على المطلوب هو إجازة الرسول - ﷺ- لصاحب القصة المذكورة أن يشترط الخيار لنفسه بهدف التروي ودفع الغبن الذي يلحقه من جراء انخداعه في البيع، وهذا دليل على أن الخيار يجوز للشخص سواء أكان بائعاً أم مشترياً، فالحديث عام (٢)، ولا دليل على أنه خاص بحبان فقط وإن كان ورد بسببه.

ـ استدل بعض الجمهور(٣) بحديث الرسول -ﷺ- " الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ"(٤).

---

(١) رواه أبو داود في سننه، -واللفظ له- ولم يعلق عليه، في كتاب البيوع، باب الرجل يقول في البيع لا خلابة، برقم ٣٥٠١، ج٣ ص٢٨٢-٢٨٣، دار إحياء السنة، د-ت ، والنسائي في سننه الكبرى، كتاب البيوع، باب الخديعة في البيع، برقم ٦٠٧٦، ج٤ ص١٠ ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١م ، والترمذي في الجامع الكبير، أبواب البيع، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع برقم ١٢٥٠، ج٢ ص٥٣٠، وقد صحح الترمذي هذا الحديث، وقال: "حديث أنس حسن صحيح غريب"، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، برقم ٢٣٥٤، ج٤ ص٣٤، والدار قطني في سننه،في كتاب البيوع برقم ٢١٨، ج٣ ص٥٥، وابن حبان في صحيحه، كتاب الحجر، باب ذكر ما يستحب للإمام إذا علم من إنسان ضد الرشد برقم ٥٠٢٧، (راجع الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان لابن بلبان ج٧ ص ٢٥٣ ،دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١ ،١٩٨٧م) .

(٢) راجع : شرح السنة للبغوي ج٤ ص٢٣٥، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط٢ ، ١٩٩٢م ، وجاء فيه"قال الإمام والحديث يدل على جواز شرط الخيار في البيع " والروضة الندية شرح الدرر البهية للقنوجي ج٢ ص٢٥٣، مكتبة الكوثر ، الرياض ،١٩٩٧م ، ودلائل الأحكام من أحاديث الرسول لابن شداد، ، كتاب البيوع، باب القول في خيار الشرط، برقم ٥١٧٨، ج٢ص٢٨٩، دار قتيبة ،دمشق، ط١ ١٩٩٣م ، والمبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٠، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٥٩، والفقه المنهجي على مذهب الشافعي للدكتور الخن وآخرين ج٦٠ ص٢٣.

(٣) راجع :المعونة على مذهب عالم المدينة لعبدا لوهاب المالكي ج٢ ص٦٥، وكتاب المنتقى للباجي ،ج٥ ص٥٥ ، وشرح صحيح البخاري لابن بطال ، كتاب البيوع ،باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، ج٦ ص٢٤١ ، مكتبة الرشد، الرياض ، ٢٠٠٠م، والمقدمات الممهدات لابن رشد -الجد- ج٢ ص٨٥ ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ١٩٨٨م ، والعدة شرح العمدة للمقدسي ص٢٢٨ ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ـ ت ، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي ج٣ ص٥١، دار البشائر، بيروت، ١٩٩٥م .

(٤) تقدم تخريجه في ص٨ من البحث.

ووجه الدلالة في هذا أن البيع يكون فيه الخيار ما دام البائعين لم يتفرقا بانصرافهما عن البيع بدخولهما في أمر آخر، فإذا تفرقا فلا خيار لهما إلا إذا اشترطاه[١]، والخيار الذي يثبت بالشرط هو خيار الشرط، فإذا اشترطاه جاز، وهما على شرطهما حتى يتم أمد الخيار؛ ويجوز لصاحب الخيار أن يختار الإمضاء أو الرد[٢] ، قال البغوي[٣] – في هذا الصدد-:"وقوله عليه الصلاة والسلام إلا بيع الخيار استثناء يرجع إلى مفهوم مدة الخيار، ومعناه إذا تفرقا لزم العقد إلا أن يتبايعا بشرط خيار الثلاث ؛ فيبقى خيار الشرط بعد التفرق".

وقد ذكر الباجي[٤]الاستثناء الوارد في قول الرسول – ﷺ- (إلا بيع الخيار)، وقال إن المراد منه على تأويل مالك، وأصحابه إلا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة ؛ فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه قوله أنهما بالخيار ما لم يتفرقا فإذا تفرقا فلا خيار بينهما بعد التفرق إلا في بيع الخيار ؛ فكأنه قال حكم البيع اللزوم بمجرد العقد إلا البيع الذي يشترط فيه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط.

وذكر أيضاً تأويلاً آخراً لبعض المالكية الذين يرون أن الاستثناء معناه أن كل واحد من العاقدين بالخيار ماداما في المجلس إلا بيع الخيار، وذلك أن يقول أحدهما

---

(١) راجع : شرح صحيح البخاري لابن بطال ، كتاب البيوع ،باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، ج٦ ص٢٤١، والمقدمات الممهدات لابن رشد -الجد- ج٢ ص٨٥، والمعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٥، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي ج٣ ص٥١ .

(٢) راجع : الروض النضير للسياغي ج٣ ص٢٥٥ ، والروضة الندية شرح الدرر البهية للقنوجي ج ٢ ص٢٥٥ .

(٣) التهذيب في فقه الإمام الشافعي ج٣ ص٢٩١.

(٤) هو سليمان بن خلف بن سعد، أبو الوليد، ولد في أربعمائة وثلاث للهجرة، ومات في أربعمائة وأربع وسبعين للهجرة، يعود نسبه إلى مدينة باجه بالأندلس، وهو من كبار المحدثين، ومن كبار فقهاء المالكية، كان بينه وبين ابن حزم مناظرات ومجادلات ومجالس وشهد له ابن حزم، وكان سبباً في إحراق كتب ابن حزم، من تصانيفه (الاستيفاء شرح الموطأ واختصره في المنتقى) وله مؤلفات أخرى، [راجع : الديباج المذهب لابن فرحون ج١ ص٣٣٧-٣٣٨،دار التراث ، القاهرة ، ١٩٧٢م ، و الأعلام للزركلي ج٧ص١٢٥]

لصاحبه اختر الإمضاء أو الرد فيختار فينقطع بذلك الخيار، ويكون معنى ذلك أن عقد البيع على الخيار إلا أن يوقف على قطع الخيار ، وقد رجح الباجي[1] التأويل الأول .

ـ استدل **بعض الجمهور**[2] بما روي عن رسول صلى الله عليه وسلم أنه قال :

"الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا" [3]

---

(١)راجع : كتاب المنتقى ج٥ ص٥٥ ،٥٦ . ويلاحظ أن التأويل الثاني لبعض المالكية الذين أجازوا خيار المجلس خلافا للرأي المعتمد عند المالكية الذي لا يجيز هذا الخيار .

(٢) راجع: المبسوط للسرخسي ، ج ١٣ ص ٤١ ، والمغني والشرح الكبير لابني قدامة ج٤ ص٧٦ ، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ج٣ ص٣٩٩، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٧، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦١، ووسائل الشيعة للحر العاملي ج٦ ص٣٥٣.

(٣) أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، بهذا اللفظ بزيادة الجملة الأولى وهي " الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا" ، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– في الصلح بين المسلمين، برقم ١٣٥٢،ج٣ ص٢٧ – عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده– وقال الترمذي: '<u>حديث حسن صحيح</u>'، وأخرجه الحاكم في المستدرك عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة ، بلفظ (الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا والصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ)، في كتاب البيوع، باب المسلمون على شروطهم والصلح جائز، ج٢ ص٤٩، وقال الحاكم : '<u>رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه</u> " وقال الذهبي:'<u>كثير ضعفه النسائي ومشاه غيره</u>' ، والدار قطني في سننه، كتاب البيوع، برقم ٩٦، ج٣ ص٢٧، عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة بلفظ (الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ والصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ)، وأبو داود في سننه عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة ، كتاب الا قضية ، باب الصلح ،برقم٣٥٩٤ ،ج٣ ص٣٠٤، والطبراني في المعجم الكبير– عن كثير بن عبدا لله بن عوف المزني –بزيادة جملة'...إلا صلحا احل حراما أو حرم حلالا' برقم ٣٠ ج١٧ ص٢٢ ،مطبعة الأمة ،بغداد ١٩٨٤م ، <u>وقد صححه الألباني</u> في إرواء الغليل، كتاب البيوع، باب الشروط في البيع، برقم ١٣٠٣، ج٥ ص١٤٢–١٤٣، المكتب الإسلامي،ط٢ ١٩٨٥م. وقد ذكر البخاري هذا الحديث تعليقاً بصيغة الجزم في كتاب الإجارة ، باب أجر السمسرة، بقوله : " وقال النبي <u>(ﷺ)الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ</u> " في كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، وقال ابن حجر – معلقاً– : 'هذا أحد الأحاديث التي لم يوصلها المصنف في مكان آخر، وقد جاء من عمرو بن عوف المزني فأخرجه إسحاق في مسنده من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعاً بلفظه وزاد "<u>إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً</u>'.. وأما حديث أبي هريرة فوصله أحمد وأبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح وهو عن أبي هريرة بلفظه'. (راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٥٢٧، ٥٢٨)

،وفي رواية " الْمُسْلِمُونَ عَند شُرُوطِهِمْ ما وافق الحق "[1]،وفي رواية أيضا " الْمُسْلِمُونَ عَند شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"[2]، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن المسلمين على شروطهم، أي ثابتون عليها واقفون عندها لا يخلون بشروطهم، ويعني ذلك لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه في الحديث[3]، وعلى ذلك قال بعض الفقهاء يجوز للعاقدين الاتفاق على شرط الخيار، وعلى المدة المحددة له[4].

ب: الإجماع

استدل الجمهور بالإجماع ، حيث قالوا إن خيار الشرط جائز بإجماع العلماء، من ذلك ما ذكره النووي[5] ؛ إذ قال : " اعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كافٍ"، وقال في موضع آخر : "يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة" ،وقال الرافعي:[6] " الأصل في خيار الشرط

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك، عن عبد العزيز بن عبد الرحمن الجزري عن خصيف عن عروة عن عائشة – رضي الله عنها – في كتاب البيوع، باب المسلمون على شروطهم والصلح جائز، ج٢ ص٤٩، والدار قطني في سننه عن عائشة كذلك، في كتاب البيوع، برقم ٩٩، ج٣ ص٢٧.. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص : إن الحديث الذي رواه الحاكم والدار قطني عن عائشة هو واهي، أي حديث الْمُسْلِمُونَ عَند شُرُوطِهِمْ ما وافق الحق،(راجع التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر ج٣ ص٩٨٠ ،مكتبة نزار الباز،الرياض،ط٢ ٢٠٠٥م)، وقد تناول الشيخ الألباني هذا الحديث وقال:' إسناده ضعيف جداً عبد العزيز هذا وهو البالسي الجزري اتهمه الإمام أحمد، وقال النسائي وغيره: ليس بثقة..' راجع: إرواء الغليل ج٥ ص١٤٤.

(٢) رواه الدار قطني في سننه -عن كثير بن عبدا لله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده- في كتاب البيوع برقم ٩٨ ج٣ ص٢٧ .

(٣) راجع : سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للصنعاني، كتاب البيوع، باب الـصلح، ج٣ ص١٢١،دار الكتاب العربي، بيروت ،١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

(٤) راجع : المبسوط للسرخسي ، ج ١٣ ص ٤١ ، والمغني والشرح الكبير ج٤ ص٧٦ .

(٥) كتاب المجموع شرح المهذب ج٩ ص٢٢٦.

(٦) العزيز شرح الوجيز(تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض) ج٤ ص١٨٢، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

الإجماع" ، وقال ابن الهمام[1] : " وشرط الخيار مجمع عليه" ، وقال العيني[2] : " وشرط الخيار جائز بإجماع العلماء والفقهاء".

وبناءً على هذه الأقوال يظهر بجلاء أن خيار الشرط جائز بإجماع العلماء، ولا منازع لهم ــ كما تبين سلفاً ــ إلا ابن حزم الظاهري، ولعل نزاعه لم يأت إلا بعد الإجماع كما قال بعض المعاصرين[3] ؛ لأنه لم يعرف للظاهري قول قبل الإجماع، ولعل ما يؤيد ذلك أن هذا الخيار وجد في عهد الرسول ﷺ ، ولم ينكره أحد من الصحابة، واتفقت عليه المذاهب الإسلامية بعد ذلك قبل بروز رأى الظاهرية ، وفي هذا الزمان لم ينكره أحد من المعاصرين.

ج: الاستدلال بالمعقول:

استدل الجمهور بالمعقول، وكان سندهم في هذه المسألة الحاجة حيث رأوا أن الحاجة ماسة إلى هذا الخيار، مع أنه في أصله غرر، ولكن أجازوه لاحتياج الناس إليه ، فقد يكون العاقد غير خبير بأحوال السوق ويحتاج إلى شرط الخيار لمعرفة إن كان المبيع يساوى الثمن الذي ابتاع به أم لا.

وقد يحتاج المشترى إلى تجربة المبيع لمعرفة إن كان يصلح له أم لا، وقد لا يستطيع كذلك أن يفهم ماهية السلعة ومزاياها فيحتاج إلى شرط الخيار لغيره ممن يثق برأيهم ليساعده على الاختيار السليم ؛ كالخبير ونحو ذلك، وهذا يدفع عنه الغبن و الخديعة.

وقد لا يكون العاقد هو صاحب الشأن في الشراء أو البيع ؛ فقد يشترى أحدهم مثلاً شيئاً معيناً ، ويشترط خيار الشرط ليتم عرض السلعة على صاحب الشأن ليراها ويختبرها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها بموجب خيار الشرط[4].

---

(١) شرح فتح القدير ج٥ ص٤٩٨.

(٢) البناية في شرح الهداية ج٦ ص٢٥٨. راجع كذلك المعتمد في فقه الإمام أحمد لابن ضويان والشيباني ج١ ص٤١٣، و البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٧، والفواكه الدواني للنفراوي ج٢ ص١٢٤ ،مطبعة مصطفي الحلبي ،القاهرة ، ط٣ ، ١٣٣٧هـ/١٩٥٥م.

(٣) راجع : الخيارات للدكتور/ عبد الستار أبو غدة مرجع سابق ص١٣٠.

(٤) راجع: المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤١، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩، والمقدمات الممهدات لابن رشد –الجد– ج٢ ص٨٦، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٩ والمعونة على مذهب

ولهذه الأسباب مجتمعة فان الحاجة إلى هذا الخيار واضحة لا لبس فيها ولا غموض؛ فهذا الخيار يحقق مصلحة العاقدين ؛ لأنه يمنح صاحب الخيار مدة للتروي والتبصر، والتروي في حد ذاته يحقق كمال الرضا فلا يكون العقد بعد ذلك إلا برضا تام غير منقوص.

ثانياً : أدلة ابن حزم الظاهري

استدل ابن حزم الظاهري بعدد من الأدلة التي تؤيد وجهة نظره، وسيتم ذكرها على النحو الآتي:

١- الدليل الأول: أن الخيار لا يكون إلا لمن قال عند التبايع: لا خلابة بائعاً كان أم مشترياً؛ لأن خبر منقذ قد ورد بلفظ لا خلابة ولم يذكر شرط الخيار، ولذا فكل بيع وقع بشرط الخيار للبائع، أو للمشترى، أو لهما جميعاً، أو لغيرهما خيار ساعة، أو يوم ،أو ثلاثة أيام، أو أكثر أو أقل فهو باطل تخير إنقاذه أو لم يتخيرا[١].

٢- الدليل الثاني: أن البيع مع شرط الخيار باطل لبطلان هذا الشرط[٢]. والبرهان على بطلان كل بيع يشترط فيه خيار للبائع أو للمشترى أو لهما أو للغير هو حديث رسول الله ﷺ حيث قال: " مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ"[٣].

وهذا الحديث يدل على أن شرط البائع للعبد أن يكون الولاء له لا يصح ؛ لأن الولاء لمن أعتق بإجماع المسلمين كما ذكر الشوكاني، ولو شرط مائة شرط؛ حيث إن

= عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٥، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٧، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦١، ومغنى المحتاج للشربيني ج٢ ص٤٣.

(١) المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٢٦٠.

(٢) المحلى، المرجع السابق ج٧ ص٢٧١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه -عن عائشة رضي الله عنها-، في كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ، برقم ٢١٦٨، [راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٤٤٠].

الشرط باطل والعقد صحيح؛ لأن الدليل قد دل على بطلان جميع الشروط التي ليست في كتاب الله، أي التي تخالف كتاب[1].

ويرى ابن حزم من خلال هذا الحديث أن خيار الشرط ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله، ولو كان فيها لكان في كتاب الله ؛ لأن الله تعالى أمر في كتابه بطاعة رسول الله ﷺ ؛ولذا وجب بطلان الشرط المذكور يقيناً[2] .

٣- <u>الدليل الثالث</u>: استدل بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " لَا يَفْتَرِقَنَّ اثْنَانِ إِلَّا عَنْ تَرَاضٍ" [3] .

ويدل هذا الحديث على أن عقد البيع لايتم بين المتعاقدين الا بالتراضي ، أي باتفاق الإيجاب والقبول، فإذا وجد التراضي تم البيع سواء تفرق الطرفان أم لم يتفرقا[4]، ويرى ابن حزم أن اشتراط الخيار في البيع دليل على أن البائعين قد افترقا دون رضا،

([1]) راجع : نيل الأوطار للشوكاني ، كتاب البيوع ، باب أن من شرط الولاء أو شرطا فاسداً لغا وصح العقد ، ج٥ ص١٨١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٧م ، وشرح السنة للبغوي، كتاب البيوع ، باب شراء العبد بشرط الإعتاق، ج٤ ص٣١٥ .

([2])راجع : المحلى لابن حزم ج٧ ص٢٧١.

(٣) رواة أبو داود في سننه، -واللفظ له-، عن يحيى بن أيوب عن أبى زرعة عن أبى هريرة، في كتاب البيوع، باب خيار المتبايعين برقم ٣٤٥٨، ج٣ ص٢٧٣، والترمذي في الجامع الكبير عن أبى هريرة أيضاً، بلفظ "لا يتفرقن عن بيع إلا عن تراض" في كتاب البيوع، باب ٢٧، برقم ١٢٤٨، ج٢، ص٥٢٩، وقال عنه "<u>هذا حديث غريب</u>"، قال الألباني – معلقاً على قول الترمذى- : "لم يظهر لى وجه الغرابة فقد رواه اثنان عن أبي زرعة، أحدهما طلق بن معاوية والآخر البجلي، وهو لا باس به فحديثه حسن لذاته"، (راجع : إرواء الغليل للألباني، كتاب البيوع، باب إنما البيع عن تراض، ج٥ ص١٢٦)، <u>ورواه كل من</u>: البيهقي في سننه الكبرى- عن أبي هريرة- في كتاب البيوع، باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، برقم ١٠٤٤٦، ج٥ ص٤٤٥، وكنز العمال للهندي -عن أبي هريرة -، باب بيع الخيار برقم ٩٦٨٧، ج٤ ص٩١، وقال الحافظ نور الدين بن الهيثمي عن هذا الحديث (<u>إن فيه أيوب بن عتبة ضعفه الجمهور وقد وثق</u>)، [راجع: بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمى، كتاب البيوع، باب الخيار في البيع، برقم ٦٤٧٣، ج٤ ص١٧٩، ١٨٠، دار الفكر العربي، بيروت،١٤١٣هـ/١٩٩٢م]، وقال عنه المحدث الناقد التهانوي : "<u>إنه حديث مرسل قد اعتضد بالموصول</u>"، راجع: إعلاء السنن للتها نوي، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار القبول دون خيار المجلس، ج١٤ ص٢٩ .

([4]) راجع : إعلاء السنن للمحدث الناقد التهانوي، كتاب البيوع، بـــاب ثبــوت خيـــار القبـــول دون خيـــار المجلس،ج١٤ ص٢٨ـ٢٩ .

وعلى ذلك فخيار الشرط يتعارض مع هذا الحديث في نظره؛لأن الحديث فيه نهي عن بقاء الخيار بعد التفرق؛ ولذا فلا يجوز الخيار بعد التفرق، فالبائعان لا يفترقان إلا بعد تراضيهما بالبيع، أما إذا اشترط أحدهما على الآخر الخيار فمعنى ذلك أنهما افترقا دون رضا[١]، ويرى ابن حزم أن هذا الحديث مرسل[٢] بل من أحسن المراسل على حد قوله، ويقول إن الجمهور يفتخرون باتباع المرسل، والاحتجاج به كالمسند، ومع ذلك فقد خالفوا هذا الحديث ،ولم يأخذوا بما ورد فيه.

٤- الدليل الرابع: يرى ابن حزم أنه لا يكون بيع إلا وهناك بائع ومشترٍ وانتقال ملك، بمعنى أن انتقال الملك يعقب البيع، وهو أثر من آثاره، حيث تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والثمن إلى البائع، وفي ذلك تساءل عن حكم الملك في بيع الخيار مبيناً أن الملك لا ينتقل في زمن الخيار، وهذا قوله فإن قال الجمهور بهذا ؛ فهو اعتراف منهم بأن البيع مع الشرط غير جائز على حد قول ابن حزم، ثم تساءل قائلاً: فإن قالوا زال ملك بائعه عنه ، وانتقل المبيع للمشترى قال مستغرباً فلِمَ الخيار؟ أما إذا قالوا قد باع البائع ، ولم يشترِ المشترى، بمعنى أن البيع ينعقد في حق من لا خيار له، ولا ينعقد في حق صاحب الخيار؛ لأن من حقه أن يفسخ العقد ، قال ابن حزم معلقاً على ذلك : فهذا تخليط وباطل لا خفاء به[٣] ؛ لأنه لا يصح البيع في نظره إلا ببائع، ومشترٍ وانتقال ملك.

٥-الدليل الخامس: استدل ابن حزم رحمه الله تعالى على عدم جواز الخيار بأن الجمهور لا يجيزون الخيار في النكاح، مع أنهم يجيزون الخيار في البيـــع؛ ولـــذا فهو يرى منع الخيار المشروط في البيع أسوة بالنكاح لاسيما وأن الجمهور

---

(١) راجع: المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ص٢٧١.

(٢) الحديث المرسل : هو ما أضافه التابعي الذي لم يلق النبي صلى الله عليه وسلم للنبي صـــلى الله عليـــه وسلم ولم يذكر الواسطة، أي يروي الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم يلقه مـــن غيـــر أن يذكر الصحابي الذي روى الحديث عن الرسول ؛ كأن يقول التابعي قال رسول الله ، وهو لـــم يلقـــه مـــسقطاً الصحابي ،راجع تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي لجلال الدين الـــسيوطي ج١ ص١٩٥ ،دار الكتـــب العلمية ،بيروت ،ط٢ ١٣٩٩هـــ/١٩٧٩م ، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج٢ ص١١٢ .

(٣) راجع: المحلى لابن حزم ج٧ ص٢٧١.

يقولون بحجية القياس، حيث قال: "وقد أجمعوا على أن النكاح بالخيـار لا يجوز، فهلا قاسوا على ذلك البيع، وسائر ما أجازوا فيه الخيار"(١).

المطلب الثاني

مناقشة الأدلـة والترجيح بينها

بعد عرض أدلة الجمهور، وأدلة ابن حزم الظاهري، أعرض فيما يأتي مناقشة لأدلة الطرفين، حتى يتبين الراجح منها، مبتدئاً بمناقشة أدلة الجمهور، ثم أدلة ابن حزم الظاهري وبعد ذلك سيتم عقد موازنة وترجيح بين الأدلة ، وعلى ذلك قسم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع:

الفرع الأول : مناقشة أدلة الجمهور

الفرع الثاني : مناقشة أدلة ابن حزم

الفرع الثالث : موازنة وترجيح

الفرع الأول

مناقشـــة أدلة الجمهـــور

مناقشة الاستدلال بالسنة:

(١) من حيث الاستدلال بحديث حبان بن منقذ – نوقش هذا الحديث من عدة وجوه:

– الوجه الأول: قيل إن هذا الحديث، وخاصة ما ورد منه في الصحيحين لم يذكر فيه لفظ الخيار(٢) البتة ، بل هو مجرد نصيحة نبوية لحبان، حتى إن بعض الفقهاء قد

(١) المرجع السابق ج٧ ص٢٧١.

(٢) راجع: تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري ج٤ ص٣٨٠ أبواب البيع ، دار الكتب العلمية، بيروت ، د ـــ ت وجاء فيها " ..لم يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم اثبت له الخيار، وإنما قال له : قل لا خلابة أي لا خديعة ولا يلزم من هذا ثبوت الخيار" راجع كذلك شرح النووي بهامش صحيح مسلم ج١٠ ص ١٧٦

تعجب من الاستدلال بهذا الحديث على خيار الشرط حيث قال ابن الهمام[١] ـ في هذا الشأن ـ : " والخلابة تعني الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الأصل في جواز شرط الخيار هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب".أي أنه يرى أن الحديث المذكور سلفاً لا يصلح الاحتجاج به على جواز خيار الشرط ، وبذلك يتضح أن ابن الهمام لم يعوّل على هذا الحديث ، بل اعتمد على الإجماع ، والحاجة فجعلهما مستنده في إجازة خيار الشرط، كما أن ابن حزم يرى أن الحديث لا يدل على جواز خيار الشرط؛ لأنه ليس في خبر منقذ بيع وقع بخيار من المتبايعين لأحد هما أو لهما[٢].

ويجاب عن ذلك بأن لا خلابة تعني اشتراط عدم الخداع، وهذا دليل على أن شراء حبان وبيعه مشروطاً بعدم الخداع ليكون من باب خيار الشرط[٣] ،كما أن ظاهر هذا الحديث يدل على جواز شرط الخيار كما قال بعضهم[٤] ، وقال بعضهم[٥] كلمة لا خلابة تعني اشتراط الخيار ثلاثاً فإذا أطلقاها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، وعلى ذلك يبدو أن سياق الحديث الشريف لا يعد مجرد نصيحة نبوية لحبان ، بل يدل على ثبوت شرط الخيار.

- <u>الوجه الثاني</u>: قيل إن هذا الحديث خاص بحبان بن منقذ، أو من على شاكلته من الضعف[٦]، وفي هذا الصدد قال ابن حجر[٧] " قال ابن العربي يحتمل أن الخديعة في قصة هذا الرجل كانت في العيب أو الكذب أو في الثمن أو في الغبن فلا يحتج بها في

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩.

(٢) راجع : المحلى لابن حزم ج٧ ص٢٦٣.

(٣) راجع : سبل السلام للصنعاني، كتاب البيوع، باب إذا بايعت فقل لا خلابة، برقم ٧٨٠، ج٣ ص٦٥، دار الكتاب العربي ،بيروت ١٤٠٥هـ /١٩٨٥م.

(٤) راجع : شرح صحيح البخاري لابن بطال، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، ج٦ص٢٤٧ ، ودلائل الأحكام لابن شداد، كتاب البيوع، باب القول في خيار الشرط، برقم ٥١٧٨، ج٣ ص٢٨٩ ،

(٥) راجع : العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعي ج٤ ص١٨٣.

(٦) راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٤ ص٣٩٦، وشرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٣٧.

(٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٤ ص٣٩٦ .

مسألة الغبن بخصوصها وليست قصة عامة، وإنما هي خاصة في واقعة عين فيحتج بها في حق من كان بصفة الرجل" .

وقال النووي[١]: "لم يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت له الخيار وإنما قال له قل لا خلابة أي لا خديعة ولا يلزم من هذا ثبوت الخيار ولأنه لو ثبت أو أثبت له الخيار كانت قضية عين لا عموم لها فلا ينفذ منه إلى غيره إلا بدليل"

وأجيب عن ذلك بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ، وعلى هذا الأساس ،فالحديث عام يتناول كل بيع، وكل بائع ،ومشتر، إلا ما دل دليل آخر على عدم جواز الخيار فيه من البيوع ؛كبيوع الربا والسلم[٢]، وعلى ذلك فهذا الحديث ليس حكرًا على صاحب القصة المذكورة ؛ إذ لا يوجد دليل قاطع على أنه خاص بحبان دون غيره ، وإن كان ورد بسببه ٠

<u>الوجه الثالث</u> : قيل إن الحديث الذي رواه ابن ماجه، وذكره البخاري في تاريخه الكبير مرسل [٣] ؛ لأن محمد بن يحيى بن حبان[٤]، لم يدرك النبي ﷺ ، وهذه القصة لم يذكر في هذه الرواية أنه سمعها من غيره، وهو تابعي كما أن الحديث في إسناده ضعف ؛لأن

---

(١) راجع : شرح صحيح مسلم ج١٠ ص١٧٧

(٢) راجع: دلائل الأحكام لابن شداد ج٢ ص٢٨٩ ، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٥٩ ،والفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي للدكتور/ الخن وآخرين ج٦ ص٢٣

(٣) راجع : نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي ج٤ ص٧، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٧م.

(٤) محمد بن يحيى بن حَبّان بفتح الحاء، ابن منقذ الأنصاري المدني، فقيه ثقة تابعي سمع أنساً وعمه واسع بن حبان، ويعد محمد بن يحيى من حفاظ أهل المدينة ، ومتقنيهم وقدماء مشايخهم مات بالمدينة سنة إحدى وعشرين ومائة للهجرة ، وهو ابن أربع وسبعين سنة.(راجع ترجمته : تقريب التهذيب لابن حجر ج١ص٣٢٥ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٢ ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ج١ ص١٥٩، دار الأوقاف الجديدة ،بيروت ، د-ت ، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ج١ ص٩٤-٩٥ ، ومشاهير علماء الأمصار أعلام فقهاء الأقطار للإمام محمد بن حبان التميمي البستي ج١ ص٢١٨ ،دار الوفاء للطباعة والنشر ، المنصورة،١٤١١هـ/١٩٩١م) .

محمد بن إسحاق[1] مدلس، وقد عنعن[2] ،وأجيب عن ذلك بأن المرسل يحتج به الفقهاء، وفي هذا الصدد ذكر السيوطي[3] أن التابعين قد اجمعوا بأسرهم على قبول المرسل ولم يأت عنهم إنكاره ، كما ذكر النووي أن الشافعي يحتج بالمرسل ؛ لأنه يرى أن المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر، أو بمسند، أو بقول بعض الصحابة، أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به، وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك كما قال النووي ؛ لأن الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام[4].

أما محمد بن إسحاق فقد قال حدثني نافع، والمدلس إذا قال حدثني أو أخبرني أو سمعت، ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسمع احتج به عند الجمهور، وهو مذهب البخاري، ومسلم ،وسائر المحدثين، وإنما يتركون من حديث المدلس ما قال فيه: عـن[5]، ومع ذلك فإن محمد بن إسحاق وثقهُ الأكثر ون[6]، وإنما عابوا على تدليسه، قال ابن

---

(١) هو محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار، أبو بكر المطلبي المدني، مولى قيس بن مخرمة ابن المطلب بن عبد مناف، تابعي، رأى أنس بن مالك، وروى عن سعيد بن أبي هند، والمقبري وعطاء ونافع وطبقتهم، وإبراهيم بن سعيد وزياد البكائي وآخرين، كان أحد أوعية العلم حبراً في معرفة المغازي والسير وثقه بعضهم ووهاه آخرون، من تصانيفه، ﴿السيرة النبوية﴾ المشهورة بسيرة ابن إسحاق، التي هذبها ابن هشام، يقال إنه مات في سنة خمسين ومائة للهجرة . [راجع ترجمته في: تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي ج٢٤ ص٤٠٥ ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٥ ١٩٩٨م ، وميزان الاعتدال للذهبي، ط١، ج٥ ص٥٦-٥٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ١٩٩٥م، وتقريب التهذيب لابن حجر، برقم ٦٤٢٤، ج١ ص١٥٣، ، وشذرات الذهب لابن العماد:ج١ص٢٣٠، وسير أعلام النبلاء للذهبي ط٩،ج٧ ص٣٣،مؤسسة الرسالة،بيروت،١٩٩٣م ؛ ووفيات الأعيان لابن خلكان ج٤ ص٢٧٦-٢٧٧، دار الثقافة ، بيروت ، ١٩٦٨م ، وطبقات الحفاظ للحافظ جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي ص٧٥-٧٦ ،مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط١، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م، وكتاب الجرح والتعديل للإمام الحافظ عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن المنذر التميمي الحنظلي ج٧ ص١٩١-١٩٦ ،دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ، دـ ت] .

(٢)المدلس هو أن يروي الراوي عن شيخ عاصره ، ولم يلقه بصيغة توهم اللقاء أو السماع ، والمعنعن هو ما قال الراوي فلان عن فلان بلفظ عن من غير بيان للتحديث، والأخبار والسماع ،وقيل إنه مرسل حتى يتبين اتصاله ، والصحيح الذي عليه أصحاب الحديث والفقه والأصول أنه متصل كما ذكر السيوطي .راجع :تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي ج١ ص٢١٤ .

(٣)راجع : تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي ج١ ص١٩٨ .

(٤) المجموع للنووي ج٩ ص٢٢٤: ٢٢٥ .

(٥) المرجع السابق ج٩ ص٢٢٥.

(٦) راجع: نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي ج٤ ص٧.

حجر[1]ــ في هذا الصدد ــ : "محمد بن إسحاق بن يسار إمام المغازي، صدوق يُدلس، ورمي بالتشيع والقدر".

(٢)- الاستثناء الوارد في حديث الرسول ﷺ ، سالف الذكر، " **إلا بيع الخيار**" لا يعني اشتراط الخيار (خيار الشرط)، وإنما المراد به التخيير من أحد المتعاقدين للآخر فقط، بمعنى أن يقول أحدهما للآخر اختر[2]، والمقصود أن يخير البائع المشتري بعد إيجاب البيع فإذا خيَّرهُ فاختار البيع فليس له خيار بعد ذلك في فسخ البيع، وإن لم يتفرقا[3].

وأُجيب عن ذلك بأن هذا الاستثناء لا يحتمل هذا الوجه فقط، بل يحتمل أيضاً الوجه الآخر الذي استدل به بعض جمهور الفقهاء ، بل إن هناك من الفقهاء من قال إن الاستثناء الوارد في قول الرسول ﷺ لا يحتمل وجهين فقط، بل يحتمل ثلاثة أوجه ؛ فقد قيل إن الاستثناء يحتمل أن يكون المراد أن المتبايعين إذا تفرقا فلا خيار إلا في بيع شرط فيه الخيار، وقيل إنما الاستثناء من الحكم، والمعنى أن المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع شرط فيه عدم الخيار ، وقيل إن المعنى إلا بيعاً جرى فيه التخاير بأن يقول أحدهما للآخر في المجلس اختر فيختار فيلزم العقد، ويسقط خيار المجلس ؛ ولذا لا يكون الاستثناء أصلاً في بيع الخيار[4].

والحاصل من ذلك أن عبارة **إلا بيع الخيار**، وهو الاستثناء الوارد في حديث الرسول ﷺ – سالف الذكر– مختلف فيه بين الفقهاء فهناك أكثر من قول في معناه[5]، فمن الفقهاء من جعله دليلاً على ثبوت خيار الشرط كما سبق في أدلة الجمهور، ومنهم من ذكر

---

(١) تقريب التهذيب ج١ ص١٥٣.

(٢) راجع: المحلي لابن حزم ج٧ ص٢٦٧.

(٣) راجع :الجامع الكبير للترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، ج٢ ص٥٢٨ وتحفة الأ حوذي بشرح الترمذي للمباركفوري أبواب البيع، باب ما جاء في البيعان بالخيار، ما لم يتفرقا، برقم ١٢٦٤، ج ٤ ص٣٧٦-٣٧٧ .

(٤) راجع : شرح الزر قاني على موطأ الإمام مالك ، كتاب البيوع، باب بيع الخيار ج٣ص٤٠٦،دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط١ ١٤١١هـ/١٩٩٠م .

(٥) راجع : الدراري المضيئة للشوكاني ص٢٦٧، وجامع الأحكام الفقهية للقرطبي ج ٢ ص٣٠، ٣١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي، كتاب البيوع، باب تفسير بيع الخيار، برقم ١٠٩٩٥، ج ٨ ص٢٢-٢٣ ، دار قتيبة، دمشق، ط١ ١٩٩١م.

الاختلاف فيه، ورجح أن يكون المعنى من هذا الاستثناء هو التخيير بين الطرفين في مجلس العقد ، ومن هؤلاء النووي[١]؛ فقد ذكر الأقوال ثم قال : " وأما قوله ﷺ إلا بيع الخيار، ففيه ثلاثة أقوال ذكرها أصحابنا وغيرهم من العلماء، وأصحها أن المراد التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس وتقديره يثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا في المجلس ويختارا إمضاء العقد فيلزم البيع بنفس التخاير ولا يدوم إلى المفارقة" والبيهقي ذكر الوجهين المحتملين لهذا الاستثناء، ثم قال : " والصحيح أنه أراد به والله اعلم التخيير بعد البيع "[٢].

(٣)- فيما يخص حديث " الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا" قيل إنه لا يصحُ الاحتجاج بهذا الحديث، حيث ذكر ابن حزم السبب في ذلك ؛ إذ قال : "فإن احتجوا في إباحة بيع الخيار بما روى المسلمون عند شروطهم، فهذا لا يصح لأنه عن كثير بن زيد[٣]وهو مطروح باتفاق، ولا يحل الاحتجاج بما روى، ومن طريق آخر عن كذاب عن مجهول عن مجهول وهو مرسل مع ذلك، وعن عطاء[٤] مرسل ، ولو صح

---

(١) راجع : شرح صحيح مسلم ج١٠ ص١٧١

(٢) راجع : السنن الكبرى للبيهقي، كتـاب البيـوع، بـاب فـي تفسير بيـــع الخيـار برقم ١٠٤٥٤ ، ج ٥ ص٤٤٨، دار الكتـب العلمية، بيـروت،١٩٩٤.

(٣) هو كثير بن زيد الأسلمي ثم السهمي أبو محمد المدني مولى بن سهم من أهل المدينة روى عن إسحاق ابن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم كثير، قال عنه عبد الله بن أحمد ابن حنبل عن أبيه ما أرى به بأساً، وقال بعضهم صدوق فيه لين، وقال بعضهم صالح ليس بالقوى، وقد ذكره ابن حبان في الثقات، قيل إنه مات في سنة ثمان وخمسين ومائة للهجرة. راجع ترجمته في:[تهذيب الكمال للمزي ج٢٤ ص١٥،١٦، وتهذيب التهذيب لابن حجر ج٨ ص٤١٣،٤١٤، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر أباد، الهند، ط١ ١٣٢٥هـ، وكتاب الثقات لابن حبان ج٧ ص ٣٥٤ ، مؤسسة الكتاب الثقافية، حيدر آباد، ط١ ١٩٨١م، والكاشف للذهبي ج٢ ص١٤٤ مؤسسة علوم القرآن، جدة ، ١٩٩٢. ومن الجدير بالذكر أن كثير بن زيد يختلف عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني المدني فهما اثنان اشتركا في الاسم وسياق المتن في حديث المسلمين على شروطهم و اختلفا في النسب والسند، راجع: تهذيب التهذيب لابن حجر ج٨ ص٤١٥.

(٤) هو عطاء ابن أسلم بن أبي رباح، يكنى أبا محمد، من خيار التابعين، من مستولدي الجند في اليمن كان معدوداً في المكيين، سمع عائشة، وأبا هريرة، وابن عباس، وأم سلمه، وأبا سعيد، وممن أخذ عنه الأوازعي، وأبو حنيفة رضي الله عنهم جميعاً، وكان مفتي مكة، شهد له ابن عباس وابن عمر وغيرهما بالفتيا وحثوا أهل مكة على الأخذ عنه مات في مكة سنة أربع عشرة ومائة للهجرة.(راجع:شذرات

مع ذلك لما كان لهم فيه متعلق أصلاً، لأن شروط المسلمين ليس كل ما اشترطوه، ولو كان ذلك للزم شرط الزنا، والسرقة ، وهم قد أبطلوا أكثر من ألف شرط أباحها غيرهم، وإنما شروط المسلمين التي جاء القرآن والسنة بإباحتها نصاً فقط "[١].

ويجاب عن ذلك بأن هذا الحديث صحيح، وقد صححه غير واحد[٢] من رواة الحديث بسبب كثرة طرقه، وفي هذا الصدد قال الألباني[٣] ــ بعد أن ذكر الحديث، وطرقه ــ : "الحديث بمجموع طرقه يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد فسائرها مما يصلح الاستشهاد به لاسيما وله شاهد مرسل جيد". وتناول الشوكاني[٤] روايات هذا الحديث، وقال معلقاً : "لا يخفي أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً " ، وذكر كذلك ابن تيمية [٥] أسانيد هذا الحديث ثم قال : " وهذه الأسانيد،وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً".

وأما كثير بن زيد فهو حسن الحديث ما لم يتبين خطؤه كما قال الألباني[٦]، وقد ضعفه بعضهم، ولكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وغيره يقوون أمره[٧]، وقال عنه ابن حجر[٨]" كثير بن زيد الأسلمي ، أبو محمد المدني، صدوق يُخطئ".

= الذهب ج١ ص١٤٧، ووفيات الأعيان لابن خلكان ج٣ ص٢٦١- ٢٦٣،وصفوة الصفوة لجمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي ج٢ ص٢١١-٢١٤، دار الوعي، طبعة ١٩٧٠م،وحلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني ج٣ص٣١٠، دار الكتب العلمية ، بيروت، د-ت) .

(١) المحلي لابن حزم ج ٧ ص٢٦٧.

(٢) صححه الترمذي وابن حبان والألباني كما تقدم .

(٣) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب البيع، باب الشروط في البيع، برقم ١٣٠٣، ج٥، ص١٤٢.

(٤) نيل الأوطار، كتاب الصلح وأحكام الجوار، باب جواز الصلح على المعلوم والمجهول، ج٣ ص٢٥٥، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د-ت .

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ج٢٩ ص١٤٧ ، دار الرحمة، القاهرة، د-ت .

(٦) إرواء الغليل ،مرجع سابق ج٥ ص١٤٣.

(٧) راجع : فتح الباري لابن حجر ج٤ ص٥٢٨.

(٨) تقريب التهذيب ج٢ ص١٤٠.

- مناقشة الاستدلال بالإجماع :

قيل إن خيار الشرط ليس له حجة من نص، أو إجماع[١] ،ويجاب عن ذلك، بأن خيار الشرط جائز عند فقهاء المذاهب جميعها ،وقد نقل بعض الفقهاء الإجماع كما تقدم، كما لم يثبت عن الصحابة،والتابعين من أنكره، وقول ابن حزم جاء متأخراً على الإجماع كما صرح بذلك بعض المحدثين[٢]؛ لأن ابن حزم لم يظهر إلا في القرن الخامس الهجري في الوقت الذي سبقه أصحاب المذاهب الفقهية السنية، حيث نشأ ابن حزم في قرطبة وكان مولده في سنة أربع وثمانين وثلاثمائة للهجرة ، وكان المذهب المالكي هو المذهب السائد في هذا الزمان ، وقيل إن ابن حزم كان شافعي المذهب في بداية أمره حين غزا المذهب الشافعي قرطبة في النصف الثاني من القرن التاسع الميلادي ، ثم بعد ذلك صار فقيها مجتهداً له أفكاره الفقهية التي نال بسببها العداوة حتى من قبل رجال الدولة آنذاك ، وكانت لابن حزم مناظرات فكرية مع بعض الفقهاء كأبي الوليد الباجي المالكي الذي اشتهر بعداوته الفكرية لابن حزم[٣].

الفرع الثاني
مناقشة أدلة ابن حزم الظاهري

الرد على الدليل الأول:

من حيث الدليل الأول القائل فيه إن الخيار لا يثبت إلا لمن قال عند التبايع لا خلابة – في الرد عن ذلك قيل إن هذا من الجمود، وأن أسهل ما يرد به عليه ما ثبت في صحيح مسلم، إذ ورد فيه أن حبان كان يقول لا خيابة[٤] ، أي أنه لا يفصح باللام ، ومع

(١) راجع : المحلى لابن حزم ج٧ ص٢٦٧.
(٢) راجع : الخيارات للدكتور عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق ص١٣٠.
(٣) راجع تفصيل ذلك في مقدمة كتاب المحلى بالآثار للدكتور/ عبد الغفار سليمان البنداري ج١ ص٥ وما يليها .
(٤) وقد ورد في صحيح مسلم أن حباناً بن منقذ ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من بايعت فقل لا خلابة فكان إذا بايع يقول لاخيابه" قال النووي في التعليق على هذا الحديث:" وكان إذا بايع قال لاخيابة بياء بدل اللام.. ورواه بعضهم لا خيانة بالنون " راجع: شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠ ص١٧٧، والحديث تقدم تخريجه كاملا في الفصل التمهيدي ص١٠.

ذلك لم يتغير الحكم في حقه عند أحد من الصحابة الذين كانوا يشهدون لهُ بأن النبي ﷺ جعله بالخيار فدل على أنهم اكتفوا في ذلك بالمعنى(١).

الرد على الدليل الثاني:

من حيث الدليل الثاني والذي ذكر فيه ابن حزم أن خيار الشرط ليس في كتاب الله نصاً فهو باطل، أجيب عن ذلك بأن قول الرسول ﷺ " مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ". المقصود به أن الشروط ليست في حكم كتاب الله، وعلى موجب قضاياه، وليس المراد منها أنها في كتاب الله نصاً؛ فذكر الولاء الوارد في الحديث النبوي الذي استند عليه ابن حزم غير موجود في كتاب الله نصاً، ولكن الكتاب أمر بطاعة رسول الله ﷺ ، وسنة رسول الله ﷺ بيان لكتابه، وقد جعل رسول الله ﷺ الولاءَ لمن أعتق، فكان ذلك الحديث مضافاً إلى الكتاب على هذا المعنى(٢).

وعلى هذا الأساس فالشرط يكون باطلاً إذا لم يكن في كتاب الله أي في حكم الله الذي كتبه على عباده وشرعه لهم، ولذا فالمراد بقوله ﷺ "ليس في كتاب الله" أي ليس في حكم الله جوازها أو وجوبها، وليس المقصود به أن كل شرط لم ينطق به الكتاب باطل، لأنه قد يشترط في البيع الكفيل فلا يُبطل الشرط، ويشترط في الثمن شروط من أوصافه أو نجومه، ونحو ذلك ولا يبطل(٣).

وعلى ذلك ؛ فالشروط التي لا تحرم حلالاً، ولا تحل حراماً مشروعة، ولذلك فقول ابن حزم إن شرط الخيار ليس في كتاب الله مردود عليه؛ لأن هذا الشرط صحيح، وليس في كتاب الله ما يخالفه ، بل إنه موجود في كتاب الله بعمومه، والدليل على ذلك قول الله تعالى "يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (٤) ؛ ووجه الدلالة من هذه الآية كما ذكر المفسرون

---

(١) راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٣٩٦.

(٢) راجع: شرح السنة للبغوي، كتاب البيوع، باب شراء العبد بشرط الإعتاق، برقم ٢١٠٦، ج٤ ص٣١٥ .

(٣) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري، كتاب البيوع، أبواب الوصايا، برقم ٢٢٠٧، ج٦ ص٢٦٥-٢٦٦.

(٤) سورة المائدة من الآية ١.

هو أن الله تعالى قد أمر المؤمنين بالوفاء بجميع العقود ؛ لأن الآية عامة ، ويعمم لفظ العقود في كل ربط بقول موافق للحق والشرع ؛ كالعقود التي بين العبد وربه من التزام عبوديته والقيام بها على أتم قيام ،أو التي يتعاقد بها الناس في معاملاتهم ؛كالبيع أو يعقدها المرء على نفسه ؛ كاليمين أو النذر[١] ، كما أن الشرط الذي يشرطه الإنسان على نفسه يعد أيضا من العقود كما قال بعض المفسرين[٢] ،ويجب الوفاء به ما لم يظهر فيه ما يخالف كتاب الله[٣]،وعلى هذا الأساس يعدُ شرط الخيار عقداً من العقود الشرعية السليمة ، ويجب الوفاء به ؛ لأنه لا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً .

الـرد علـى الدليـل الثالــث :

قيل إن المراد من قول رسول الله ﷺ " لَا يَفْتَرِقَنَّ اثْنَانِ إِلَّا عَنْ تَرَاضٍ " هو ثبوت خيار المجلس، وليس المراد منه النهي عن بقاء الخيار بعد التفرق كما قال ابن حزم، بل إن هذا الحديث خاص بخيار المجلس، وفي ذلك قال الآبادي[٤] ــ بعد أن ذكر هذا الحديث ــ : " ولا ريب في أن الحديث يدل على ثبوت خيار المجلس " .

وعلى ذلك فإن الخيار أثبت للمتعاقدين ما لم يتفرقا عن مجلس العقد تحقيقاً لرضاهما بأكمل وجه، وليس المقصود منه نفي خيار الشرط كما قال ابن حزم، ومع ذلك فخيار الشرط لا يدل على عدم التراضي بين الطرفين؛ لأن الرضا متحقق في الجملة من الجانبين؛ حيث إن الطرفين قد اتفقا على مدة الخيار وصاحبه، كما أن الخيار يأتي عادة

---

(١) للاستزادة راجع: جامع البيان عن تأويل آي القران للطبري ،ج٦ ص٤٦، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨٤م ، وأحكام القران للجصاص ج٣ ص٨٢ ، مطبعة الأوقاف ، الإسكندرية، ١٣٢٥هـ ، وروح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للالوسي ص٤٨-٤٩ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د – ت ، والجواهر الحسان في تفسير القران للثعالبي ج١ ص ١٢٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٩٦م ، وتيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لعبد الرحمن السعدي ص٢٧٦-٢٧٧، مؤسسة الريان ، بيروت ،٢٠٠١م، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٣ص٢٠٣٠،٢٠٢٩ ،مطبعة كتاب الشعب ،القاهر،دــ ت

(٢) راجع :أحكام القرآن للجصاص ج٣ ص٢٩٥ .

(٣) راجع :أحكام القرآن لابن العربي ،ج ص٥٢٥ ،دار المعرفة للطباعة ، بيروت ،د ــ ت ،

(٤) عون المعبود شرح سنن أبي داود، باب في خيار المتبايعين، برقم ٣٤٤١ ج٩ ص٣٢٩ ، ط٢ ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م .

بعد الصفقة، أي أن العاقدين قد تراضيا على البيع، والاتفاق على الخيار جاء بعد الرضا بالعقد؛ لأن خيار الشرط أمر زائد على العقد ، والله أعلم.

الرد على الدليل الرابع :

قالوا إن العقد يكون صحيحاً حتى وإن تأخر الملك لوجود المانع، وهو خيار الشرط؛ لأن المانع لا يبطل المقتضى ولا يسلبه سببيته؛ لأنه إذا زال المانع عمل المقتضى عمله، بدليل أن أصل العقد لا يتعلق بالشرط؛ لأن الخيار صفة في العقد، يقال بيع بات وبيع بخيار ، وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف، وإنما يدخل الخيار في الحكم فيجعلهُ في معنى المعلق بالشرط، فيجوز أن يتأخر الحكم عن السبب لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل(١).

وحتى إذا انتقل الملك في البيع بخيار الشرط فهو لا ينتقل على سبيل اللزوم، بل على الجواز، فتكون فائدة الخيار متحققة هنا؛ إذ يحق لصاحب الخيار أن يفسخ العقد إذا لم يرض به ؛ ولهذا فإن رأي ابن حزم لم يكن في محله حين قال إن الملك ينتقل على سبيل اللزوم(٢).

الرد على الدليل الخامس :

نوقش دليل ابن حزم الذي قال فيه بعدم جواز خيار الشرط في عقد البيع أسوة بالنكاح الذي لا يقبل خيار الشرط، وقيل إن ما ذهب إليه ابن حزم محل نظر ؛ لأن عقد النكاح يختلف عن عقد البيع في أمورٍ عدة هي:

١- عقد النكاح لا يحتمل فيه الإقالة بعكس البيع .
٢- في النكاح لا يقدم المرء على الزواج إلاّ بعد المشاورة والمعرفة التامة بمن سيعاشرها بخلاف البيع ؛ فقد يقدم الشخص عليه في عجلة من أمره دون تروٍ، وقد يندم على ذلك، وقد يقدم على البيع دون أن تكون لديه الخبرة الكافية التي تؤهله لمثل هذا العمل.
٣- عقد البيع طريقه المكايسة والمتاجرة، في حين أن عقد النكاح طريقه المكارمة والمواصلة ؛ ولذا فالفرق بينهما واضح ، ثم إن جعل الخيار في عقد النكاح لواحد

---

(١) راجع :المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص٤، و شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص٤٩٧.
(٢) راجع : تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود بهامش العزيز شرح الوجيز للرافعي ج ٤ ص١٨٦.

منهما أو لهما أمر من شأنه أن يجعل المرأة أو الرجل ؛ كالسلعة التي تباع وتشترى، وهذا يحط من كرامة الإنسان وقدره[١].

الفرع الثالث

موازنة وترجيح

بعد أن تم عرض أدلة الجمهور، وأدلة ابن حزم، ومناقشة أدلتهما – تبين أن رأي الجمهور هو الراجح للأدلة القوية الراجحة التي اعتمدوا عليها، وللأسباب الآتية:
شرط الخيار لا يخالف نصاً في كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ ، بل هو موجود في كتاب الله بمعناه، حيث قال تعالى " يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "[٢] وشرط الخيار يتم بتوافق إرادتي الطرفين ، ومن ثم فهو من قبيل العقود الجائزة شرعا ، قال ابن القيم[٣] – في هذا الصدد – :"الشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد ". وعلى هذا فخيار الشرط عقد يجب على الطرفين الوفاء به؛ لأن الخالق جل وعلا يحثنا على الوفاء بالعقود احترامًا للإرادة التي تقيم لها الشريعة الإسلامية وزناً كبيراً ؛ لأن إرادة الأفراد حرة في أن تبرم ما شاء لها من العقود شريطة ألا تحرم هذه العقود حلالاً أو تحل حراماً.

- إن الأصل في العادات الحل لا الحرمة، وفي ذلك نقف مع شيخ الإسلام ابن تيمية، حيث تناول هذه المسألة، وبيَّنَ أن تصرفات العباد من الأقوال والأفعال على نوعين: النوع الأول: هي العبادات، وهي التي يصلح بها دينهم، ولا يثبت الأمر فيها إلا بالشرع، بمعنى أنه ليس الأصل فيها الإباحة ما لم يرد دليل شرعي

أما النوع الثاني فهي العادات، وهي ما اعتاد الناس عليه في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيها الإباحة وعدم الحظر فلا يحظر منها إلا ما حظرهُ الله تعالى، وهذا بعكس العبادات التي لابد أن تكون مأموراً بها، فما لم يثبت أنك مأمور به كيف يحكم على

---

(١) راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج ٤ ص٣٣٠، والمقدمات الممهدات لابن رشد – الجد– ج٢ ص٨٦ .

(٢) سورة المائدة:من الآيـة ﴿ ١﴾

(٣) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج٣ ص٣٥٨ ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ،دون تاريخ نشر .

أنه عبادة، وما لم يثبت من المعاملات أنه منهي عنه فكيف يحكم على أنه محظور، ثم إن العبادات لا يشرع فيها إلا ما شرعه الله[1]، وإلاَّ دخلنا في معنى قول الله تعالى " أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ..."[2]، أي أم لهؤلاء المشركين بالله شركاء في شركهم وضلالتهم ابتدعوا لهم من الدين ما لم يبح الله لهم ابتداعه [3].

ويخلص ابن تيمية إلى نتيجة مفادها أن الأصل في العادات الإباحة فلا يحظر منها إلاَّ ما حرمه الله ، وعلى هذا فإن جميع المعاملات الأصل فيها الإباحة بما في ذلك العقد المقترن بخيار الشرط.

- عقود المسلمين، وشروطهم صحيحة لا يطالب الذاهب إلى تصحيحها بدليل صحتها، بل يطالب المبطل لها أن يأتي بدليل يدل على بطلانها، وهذا ما أشار إليه ابن تيمية؛ إذ يرى أن الأصل في العقود والشروط الصحة، ولا يحرم منها، ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه، وبطلانه بالنص، أو القياس[4].

وبناء على هذا القول يتضح أن خيار الشرط صحيح لا يطالب الذاهب إلى صحته بدليل على صحته، بل يطالب المبطل له أن يأتي بدليل على بطلانه من كتاب الله العزيز أو سنة رسوله، وابن حزم لم يأت بدليل قاطع يدل على بطلان هذا الخيار.

- يعد خيار الشرط مخرجاً من المخارج الشرعية التي يلجأ إليها الفرد لدفع الضرر عن نفسه قبل وقوعه، ويحتاجه الناس في حياتهم ومن ثم فمن حقهم أن يتبايعوا بموجب هذا الخيار ، ويبقون على الإباحة الأصلية ؛ لأن شرط الخيار بمنزلة العقد كما تقدم.

- إن خيار الشرط يدخل في باب المعاملات ، وليس في الشرع ما يدل على تحريمه؛ فهو رخصة شرعية يحق للفرد أن يستعملها أو يتركها، وإذا تم الاتفاق على شرط

---

(١) للاستزادة راجع: مجموع فتاوى أحمد ابن تيمية ج٢٩ ص ١٦-١٧ ، (جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي) ، دار الرحمة، القاهرة، دـ ت.

(٢) سورة الشورى من الآية ٢١.

(٣) راجع: جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ج٢٥ ص٢١ .

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٩ ص١٤٦.

الخيار ، وجب على الطرفين أن يلتزما بهذا الشرط ،وعلى من لا خيار له أن يراعـــى حقوق الطرف الآخر صاحب الخيار؛ لأن ما كان مباحاً دون شرط فالشرط يوجبه [١] ؛ ولأن الشرط بينهما مُلزم لقوله تعالى: ﴿ يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[٢] ، وقولــه تعالى : ﴿ ...وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا...﴾[٣]،ولأن المسلمين عند شــروطهم كمــا أخبرنا المصطفى عليه الصلاة والسلام .

وبناء على ما تقدم يتضح أن هذا الخيار لم ينكره سوى ابن حزم الظاهري، وقد أجازه غالبية الفقهاء المسلمين ، وسار على دربهم المحدثون، والمعاصرون في زماننا هذا، وكذلك فعل المشرع اليمني ؛ حيث إنه قد أجاز هذا الخيار، وبين أحكامه في المواد (٢٣١-٢٣٧) من القانون المدني النافذ رقم١٤ لسنة ٢٠٠٢م ، وسيتضح لاحقا الطريق الفقهي الذي اختاره المشرع اليمني، عند بيان موقف القانون المدني اليمني من المسائل الفقهية التي عالجها الفقهاء بصدد هذا الخيار.

المبحث الثالث
صاحب خيار الشرط ومجاله

تمهيد وتقسيم:

خيار الشرط لابد له من صاحب يستفيد منه، ولابد له أيضا من مجال يسري فيــه (العقود التي يدخلها) ، وهذا المبحث يبين صاحب خيار الشرط، ومجالــه عنــد الفقهــاء المسلمين ،وفي القانون المدني اليمني ؛ وذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول: صاحب خيار الشرط عند الفقهاء

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٩ ص١٤٩-١٥٠

(٢) سورة المائدة من الآية ١.

(٣) سورة البقرة من الآية ١٧٧.

المبحث الثالث
صاحب خيار الشرط ومجاله

تمهيد وتقسيم:

خيار الشرط لابد له من صاحب يستفيد منه، ولابد له أيضا من مجال يسري فيه (العقود التي يدخلها) ، وهذا المبحث يبين صاحب خيار الشرط، ومجاله عند الفقهاء المسلمين ،وفي القانون المدني اليمني ؛ وذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول: صاحب خيار الشرط عند الفقهاء

المطلب الثاني: مجال خيار الشرط عند الفقهاء

المطلب الثالث: صاحب خيار الشرط، ومجاله في القانون المدني اليمني.

المطلب الأول
صاحب خيـار الشرط عند الفقهاء

صاحب خيار الشرط هو ذلك الشخص الذي يثبت له الخيار بناءً على اتفاق طرفي العقد، فقد يكون الخيار للمتعاقدين معا، أو لأحد هما، أو يشترطاه لأجنبي عن العقد،وفيما يلي سيتم بيان أصحاب خيار الشرط في فرعين:

الفرع الأول
اشتراط الخيار للمتعاقدين معا، أو لأحد هما

اشتراط الخيار قد يكون للعاقدين معا، أو لأحد هما دون الآخر؛ كأن يكون للمشتري فقط، واشتراط الخيار للمتعاقدين، أو لأحد هما جائز عند جمهور الفقهاء[١]المجيزين لخيار الشرط، ولا يعرف في ذلك خلاف سوى ما روى عن سفيان الثوري، وابن شبرمة، أنهما قالا بجواز خِيار الشرط للمشتري فقط، أما البائع فلا يجوز له الخيار وإذا اشترطه فسد العقد عندهما[٢].

وبناءً على رأي الجمهور فإنه من حق المتعاقدين أن يشترطا الخيار لهما معا أو لأحد هما، ويثبت لهُ الخيار وحده؛ لأن الحق لهما فكيفما تراضيا جاز[٣]؛ ولأن هذا الخيار في الأصل وضع للتأمل والتفكر والاختبار، وكل واحدٍ منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاز اشتراط الخيار لكل واحد منهما على حده أو لهما معا فإن اشترطاه معا فقد تعلق الحق بهما، فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطهِ له[٤].

---

(١) راجع: البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٥٨، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٥، والروض المربع للبهوتي ص٢٤١، وأسنى المطالب للأنصاري ج٢ ص٥٢، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨.

(٢) راجع : البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٥٨، والبحر الزخـار لابـن المرتـضى ج٣ ص٣٤٨، والمحلى لابن حزم ج٧ ص٢٦٤، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي ج٣ص٥١

(٣) راجع : الروض المربع للبهوتي ص٢٤١ ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، ١٩٩٣م .

(٤) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ص٦٥ .

والمعنى أن الخيار إذا كان للعاقدين معا، وأجاز أحدهما مثلاً يسقط حقه فقط، أما الآخر فلا يسقط حقه ؛ إذ يبقى على خياره ما بقيت المدة ، أما إذا كان الخيار لأحد هما فقط فمن حقه أن ينفرد بالفسخ أو الأجازة، ولا يكون للآخر مقال معه.

على أنه يقع على طرفي العقد أن يحددا صاحب الخيار تحديداً نافياً للجهالة المفضية إلى النزاع، فلا يجوز أن يشترط الخيار لأحد العاقدين دون تحديد من هو؛ لأن هذا يؤدي إلى الجهالة ، ولذا فمن الضروري تحديد صاحب الخيار بعينه وبصفته سواء أكان البائع أم المشتري[١].

ويجوز المفاضلة في مدة الخيار بين المتعاقدين ؛ كأن يكون لأحدهما ثلاثة أيام، وللآخر يومان، وهذا بحسب الاتفاق ، كما يجوز للعاقد أن يشترط الخيار لنفسه، أو يشترطه للعاقد الآخر، وهذا أمر لا غبار عليه ؛لأن الناس تعارفوا عليه في حياتهم العملية، ومثل ذلك أن يشترط المشتري الخيار لنفسه ؛ كأن يقول للبائع اشتريت منك هذه السيارة بكذا على أن لي الخيار فيها لمدة كذا.

وقد يكون الخيار من البائع للمشتري ؛ كأن يقول البائع للمشترى بعتك هذه السيارة بكذا على أن لك الخيار في أخذها أو ردها خلال مدة كذا، فإذا قبل المشتري بهذا الشرط ثبت له الخيار دون البائع إلا إذا شرطه البائع لنفسه كذلك ووافق عليه المشتري ؛كأن يقول بعتك هذه السيارة بكذا على أن لي الخيار فيها لمدة كذا، ولك الخيار لمدة كذا ؛فهنا يكون الخيار للعاقدين[٢].

ومن الجدير بالذكر أن العقد قد يباشره الوكيل نيابة عن العاقد الأصيل (المالك)، وفي هذه الحالة يجوز للوكيل أن يشترط الخيار لنفسه، أو لموكله، ولا يحق له أن يشترطه للعاقد الآخر، أو لأجنبي عن العقد ، وعلى ذلك لا يجوز للوكيل بالبيع أن يشترط الخيار للمشتري (العاقد الآخر) ،ولا يجوز للوكيل بالشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن

---

(١) راجع: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٤، والأسئلة والأجوبة الفقهية بالأدلة الشرعية لعبدالعزيز السمان ج٤ ص١١٨، الرياض، ط٣ ، ١٩٧٥م.

(٢) راجع: الموسوعة الفقهية ج٢٠ ص٩١

الموكل ، وبناء على ذلك فالخيار يثبت للوكيل إذا شرطه لنفسه أو أذن فيه الموكل ،ويجب على الوكيل أن يفعل مافيه المصلحة من الفسخ أو الإجازة ؛ لأنه مؤتمن[١] .

الفرع الثاني

الخيـــــار للأجنبي

تختلف الحاجة إلى الأجنبي فقد يشترط المتعاقد الخيار للأجنبي ليقوم بمباشرة الخيار نيابة عنه، وقد يحتاج إلى مشورة الأجنبي فقط ، وعلى ذلك فإن مركز الأجنبي يختلف بحسب الحاجة إليه، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً :اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد

إذا كان جمهور الفقهاء قد اتفقوا على جواز خيار الشرط للمتعاقدين معا، أو لأحدهما، فإن اشتراط الخيار للأجنبي لم يحظ باتفاقهم ؛ إذ انقسمت أقوالهم على قولين:

القول الأول : للجمهــور وهم الأحناف عدا زُفــر [٢]، والمالكية[٣]، والشافعي في رواية عنه[٤]، والحنابلة[٥]،والزيدية[٦]، والإمامية[٧]،

---

(١)راجع :كتاب المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٢ ، وحاشية البجيرمي على الخطيب ج٣ ص٣١٩ ، والـشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٧ ،وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٥ وجاء فيه : "وإن شرطه الوكيل لنفـسه ثبت الخيار لهما للموكل وللوكيل ...وإن شرطه الوكيل لنفسه دون موكله لم يصح الشرط "

(٢) راجع:المبسوط للسر خسي ج١٣ ص٤٧، وجاء فيه "وإذا اشترط أحد المتبايعين الخيار لإنسان من أهله أو من غيرهم فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه" ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٥، والهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني مع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص٤٣٨، دار الحديث، القاهرة، ط١ ١٩٩٥م .

(٣) راجع:شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٦٠.

(٤) راجع:المجموع للنووي ج٩ ص٢٥٠، ونهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٢،وحاشيتا قليوبي وعميرة ج٢ ص٤٥.

(٥) راجع:المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، ج٤ ص٦٩ ،وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٤، ٢٠٥، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٥ .

(٦) راجع : البحر الزخّار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨.

(٧) راجع: جواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٤.

والإباضية[٢]، ويرى هؤلاء جواز اشتراط الخيار للأجنبي، مستندين في ذلك إلى الحاجة الماسة إلى الأجنبي، فقد يكون المتعاقد لا يحسن البيع والشراء ، أو قليـل الخبـرة فـي التعامل في الأسواق، ويخاف الوقوع في الغبن فيلجأ إلى من هو على درايـة، ومعرفـة بأحوال البيع ؛فقد يشتري الشخص شيئاً معيناً ، وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلـى شـرط الخيار لمن يكون بحاجة لرأيه ؛كالصديق أو الخبير ونحو ذلك .

والمصلحة هنا ظاهرة علاوة على أن ثبوت الخيار لهذا الأجنبي ليس أصالةً بل جاء بطريقة النيابة عن العاقد (الأصيل) ؛ فالخيار يثبت للعاقد ابتداءً ثم يجعل الأجنبي نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه[٣].

على أنه ينبغي أن يكون الأجنبي المشروط له الخيار ممن يجوز قوله[٤] ؛ إذ لا يجوز الخيار للطفل غير المميز، أو المجنون[٥].

<u>القول الثـاني</u>: لزُفــر من الحنفية، وللشافعي في أحد قوليه ، ويرى أصحاب هذا الرأي أن خيار الشرط لا يجوز للأجنبي عن العقد، فقد ذكر زُفر أنه لا يجوز اشـتراط خيـار الشرط للأجنبي، وحجته في ذلك أن اشتراط الخيار للعاقد ثبت بالنص مـع أن القيـاس يأباه، وبقى اشتراطه لغيره على أصل القياس.

كما أن اشتراط الخيار لغير العاقد يخالف ما يقتضيه العقد؛ لأن خيار الشرط من حقوق العقد، وحقوق العقد تثبت للعاقد فقط، واشتراطه لغير العاقد، يخالف مقتضى العقد، ويفسد العقد ؛ ولأن هذا يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك، واعتبر زُفــر خيار الشرط كخياري العيب والرؤية الذي لا يثبت فيهما الخيار لغير العاقد[٦].

---

(١) راجع: جواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٤.
(٢) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٥٩.
(٣) راجع : الاختيار لتعليل المختار لابن مود ود ج١ص١٤.
(٤) راجع: البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٨٦ .
(٥) راجع :غاية المأمول في علم الفروع والاصول للبطاشي ج٥ ص٢٢٥ ، وكتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧٠،منشورات وزارة التراث القومي ،عمان ،١٤٠٤هـ/١٩٨٤م ،والموسوعة الفقهية ج٢٠ ص٩١
(٦) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٧ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٥ .

وأجيب عنه بأن النص معلول بالحاجة إلى التأمل لدفع الغبن والناس يختلفون في البصارة، أي العلم بالشيء والخبرة، والدراية والمعرفة بأحوال المبيع، ومن الجائز أن يكون هذا الأجنبي المشروط له الخيار لديه الخبرة والمعرفة بالسلعة أفضل من المشتري إذا كان هو صاحب الخيار، وفي هذا الصدد قال السرخسي[١] : "إن الإنسان قد يشتري شيئاً ، وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتدياً فيه من صديق أو قريب حتى ينظر إليه فللحاجة إلى ذلك جعلنا اشتراط الخيار للأجنبي كاشتراط الخيار للعاقد".

وعلى ذلك فإن اشتراط الخيار للأجنبي يكون في معنى اشتراط الخيار للعاقد نفسه؛ لأن العاقـد يجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف بحكم الخيـار، ولا يكون ذلك إلاّ بعـد ثبـوت الخيـار للعاقـد[٢].

وقد روي عن الشافعي في أحد قوليه أنه لم يجز الخيار للأجنبي؛ لأنه حكم من أحكام العقد، فلا يثبت لغير العاقدين ؛ كسائر الأحكام، أما القول الثاني فيصح لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة ، وربما دعت الحاجة إلى اشتراطه للأجنبي بأن يكون أعرف بالمبيع منهما، والقول الثاني هو الأصح في مذهب الشافعي كما ذكر النووي[٣] وقد سار عليه فقهاء الشافعية.

مما سلف يتضح رجحان رأي الجمهور؛ لقوة الحجة التي استند عليها، فالواضح أن الحاجة هي التي دعتهم إلى إجازة شرط الخيار للأجنبي ؛ لأن المتعاقد قد يحتاج إلى الأجنبي إما لخبرته أو لتخصصه الدقيق في مسألة من المسائل ، أو غير ذلك .

ولذلك لا ينبغي أن ينحصر الخيار في العاقدين فقط، فقد يحتاج أحدهما ، أو كلاهما إلى معونة الأجنبي وخبرته.

وأما رأي زُفـــر،وما روي عن الشافعي فمع إجلالي وتقديري لهما إلا أن رأيهما لا يساير واقعنا المعاصر، ولا يلائم قدرات الناس، وتباينهم في السمات الشخصية ؛ كالذكاء والخبرة ونحو ذلك ، والأخذ برأيهما من شأنه أن يوقع الناس في حرج وضيق

---

(١) المبسوط ج١٣ ص٤٧، ٤٨.
(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٥.
(٣) راجع : كتاب المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٢.

وهذا يتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية التي تحرص على رفع الحرج والمشقة عن الناس؛ ولذا فالاحتياج إلى الغير أمر لا مناص منه، وهذه هي الحكمة التي من ورائها جعل الجمهور خيار الشرط للأجنبي ٠

وإذا خلصنا إلى أن خيار الشرط يثبت للعاقدين، وللأجنبي كذلك، وإذا افترضنا أن أحد العاقدين قد شرط الخيار للأجنبي فالسؤال الذي يطرح نفسه هو: لمن يثبت الخيار هنا هل يكون للأجنبي فقط ، أم يثبت للعاقد (الأصيل) والأجنبي معا؟ ، وإذا ثبت لهما معا فمن منهما المسلط على إجازة العقد أو فسخه، وما هي صفة الأجنبي في ذلك؟

للإجابة عن ذلك تتبعت آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط فيما استطعت ان أحصل عليه من مراجع ، وتبين أن لهم رأيين في هذه المسألة :

<u>**الرأي الأول**</u> : **للجمهور** وهم الأحناف[١]، والحنابلة[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية على قول [٤]، والزيدية[٥]، والأجنبي عند هؤلاء يُعد بمثابة وكيل عن العاقد صاحب الخيار، ومن ثم فلو شرط المشتري أو البائع الخيار لأجنبي صح، وثبت للأصيل مع النائب (الوكيل).

وعلى الرغم من اتفاق أصحاب هذا الرأي على جواز الخيار للمتعاقدين والأجنبي معا، إلاّ أن لكل مذهب رأياً مفصلاً حول مسألة الفسخ أو الإجازة من قبل الأجنبي أو الأصيل ؛ فالأحناف قالوا إنه لو شرط المشتري أو البائع الخيار لأجنبي، ثبت الخيار للعاقد، ولمن شرط له الخيار معاً، فأيهما أجاز العقد جاز، وأيهما نقضه انتقض، ولو أجاز

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٨-٤٩، واللباب في شرح الكتاب للغنيمي، ج١ص١٤ ،المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٣م ،والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ،ج٣ ص٥٣ .

(٢) راجع : المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ص ١٧٠، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٩.

(٣) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٨ ،و بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (الحفيد) ج٢ ص٣٤٦.

(٤) راجع : المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٤

(٥) راجع: البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٩ ،و التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٤ ص٤٠٤

أحدهما، وفسخ الآخر، يعتد بتصرف السابق لوجوده في زمان لا يزاحمهُ فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معا ، أو لم يعلم الســابق من اللاحــق، فهنا إختلف الأحناف علــى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول**: ويرى أنصاره الاعتداد بكلام العاقد ؛ لأن تصرفه أقوى ، وقد صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة ؛ فالعاقد هو المالك ويتصرف بحكم ملكه أما الأجنبي فيتصرف بحكم النيابة ؛ لأنه يستمد ولاية النيابة من المالك، وقيل إن هذا الرأي لمحمد ؛ لأنه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة.

- **الاتجاه الثاني**: ويرى أنصاره أن تصرف الفاسخ هو الأولى سواء أكان الفسخ صادراً عن الأصيل أم صادراً عن النائب ؛ لأن الفسخ أقوى، وهو يرد على الإجازة، والإجازة لا ترد عليه، وقيل إن هذا قول أبي يوسف ؛ لأنه لا يرى تقديم ولاية الملك[١].

وللزيدية رأي قريب من الحنفية؛ حيث قالوا إن من سبق إلى الفسخ أو الإجازة كان الحكم له سواء أكان العاقد أم الأجنبي[٢]، غير أن الزيدية لم يذكروا التفصيل المشار إليه عند الأحناف حيث اكتفوا بتصرف السابق، ولم يعالجوا الحالة التي يخرج فيها الكلام منهما معا أي من الأصيل والنائب، وهذا ما أوضحه الأحناف تفصيلاً .

أما الحنابلة[٣] فلم يذكروا التفصيل الذيّ ذكره الأحناف، بل قالوا إنه يجوز للعاقد أن يشترط الخيار لأجنبي، ويكون ذلك اشتراطا لنفسه، وتوكيلاً لغيره فيه ليقوم مقامه، فإذا قال العاقد قد جعلت الخيار لأجنبي دوني، لا يصح هذا في صحيح مذهبهم، بل يكون الفسخ لكل واحد منهما، أي يكون خيار الفسخ للعاقد، وللوكيل فلا ينفرد به الوكيل ، وهذا ما قطع به أكثر الحنابلة[٤] .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٠ -٣٠١ والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٨٧، والمبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٨-٤٩، واللباب في شرح الكتاب للغنيمي، ج١ص١٤ ،والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ،ج٣ ص٥٣ .

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٤ ص٤٠٤، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٩.

(٣) راجع : المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ص ١٧٠، وكتاب الفروع لابن مفلح ج٤ ص٨٦، والتوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح للشويكي ج٢ص٦١١ (تحقيق ناصر بن عبد الله الميمان) ،المكتبة المكية، مكة، ط١ ١٩٩٧م، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٩.

(٤) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ص٣٧٦-٣٧٧ ، دار إحياء التراث، بيروت، ط٢ ١٩٨٠م.

والملاحظ أن الحنابلة لم يذكروا مسألة الاختلاف في الاختيار بين العاقد (الأصيل) والوكيل، فقد يختار الأصيل الإجازة، ويختار الوكيل الفسخ فمن منهما الذي يصح تصرفه، في هذا لم أعثر للحنابلة على تفصيل محدد كما فعل الأحناف.

والمالكية قالوا إن المتبايعين إذا جعلا الخيار للأجنبي فالخيار يثبت له، والقول قوله، أما إذا جعله أحدهما، فالأمر فيه خلاف عند المالكية؛ إذ قيل القول في الإمضاء أو الرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أم المشتري، وقيل عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة، وقيل بالفرق بين البائع والمشتري[١] ؛ إذ روي أن ابن القاسم[٢] قال يثبت الخيار للأجنبي، وللبائع إن كان هو الذي اشترطه، فإن اختار الأجنبي رداً أو إجازة، ورفض البائع فالقول للبائع ،وإن كان المشتري هو الذي شرط الخيار للأجنبي لم يثبت إلا للأجنبي فقط ، ولم يكن للمشتري أن يخالف عليه، وروى عنه أيضاً أن له أن يخالفه[٣]، وهو قول ابن حبيب[٤] .

وأما بالنسبة للشافعية فيرى بعضهم جواز إثبات خيار الشرط للعاقد وللأجنبي معاً، وفي هذا الصدد قال النووي[٥] : " قال أصحابنا فإن قلنا بالأصح: إنه يثبت الخيار للأجنبي

(١) راجع : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجد ج٢ ص٣٤٦.

(٢) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العُتقي المصري شيخ حافظ حجة فقيه، صحب الإمام مالك، وتفقه به وبنظرائه، لم يـــرو أحـــــد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك (المدونـــــة) وهي من أجل كتب المالكية، خُرِّج عنه البخاري في صحيحه، وأخـــذ عنـــه أســـد بـــن الفـــرات، بن يحيى ونظراؤهما، مات في القاهرة سنة إحدى وتسعين ومائة للهجرة عن ثمان وخمسين سنة.

[راجع ترجمته في : الأعلام للزركلي ج٤ ص٣٢٣، وشجرة النور الزكية لابن مخلوف ص٥٨ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،١٣٤٩هـــ ؛ ووفيات الأعيان لابن خلكان ،ج٣،ص١٢٩] .

(٣) راجع : المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٨، وعدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي ص٤٣٣، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١ ١٩٩٠م .

(٤) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي، من ولد عباس بن مر داس كان عالم الأندلس، رأساً في فقه المالكية، أديباً مؤرخاً، ولد في سنة أربع وثمانين ومائة للهجرة، ومات في سنة ثمان وثلاثين ومائتين للهجرة، ولد بالبيرة وسكن قرطبة، وقد كان حافظاً للفقه على مذهب مالك نبيلاً فيه، ومع ذلك لم يكن له علم بالحديث ولا معرفة بصحيحه من سقيمه، كان ابن واضح لا يرضى عنه، وابن عبد البر يكذبه، وسحنون يرى أنه عالم الدنيا، من كتبه (طبقات الفقهاء) و (الواضحة) في السنن والفقه والفرائض والرغائب والرهائب. (راجع: الديباج المذهب لابن فرحون ج٢ص٨-١٠)

(٥) المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٤.

المشروط له فهل يثبت للشارط أيضاً ؟ فيه خلاف مشهور" ثم ذكر أن فيه قولين، وقال "أحدهما يثبت له أيضاً وصححه الروياني[١] ، وأصحهما عند الجمهور لا يثبت". وبناءً على رأي بعض الشافعية ؛ فالخيار يثبت للعاقد مع الأجنبي، ويحق لكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ، فلو فسخ أحدهما، وأجاز الآخر فالفسخ أولى[٢]، والواضح أن هذا الرأي يتفق مع رأي بعض الأحناف كما تقدم.

والإباضية[٣] أجازوا شرط الخيار للأجنبي ، ولكنهم لم يبينوا من هو المسلط بالفسخ هل الأجنبي أم البائع أم من سبق منهما.

ومن هذا الرأي يتضح أن الأجنبي لا ينفرد بالخيار وحده ، بل يكون الخيار له، وللعاقد الأصيل ؛ لان أصحاب هذا الرأي قد جعلوا الخيار له على سبيل التوكيل لا على سبيل التمليك .

الرأي الثاني: للشافعية في الصحيح من المذهب[٤] والإمامية[٥]، ويرى أنصار هذا الرأي أن العاقد إذا اشترط الخيار لأجنبي كان الخيار للأجنبي دون العاقد؛ لأن الخيار له على سبيل التحكيم[٦] لا التوكيل، وقد قال الشافعية في الصحيح من مذاهبهم أن الخيار يثبت

---

(١) هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني، فقيه شافعي، ولد في سنة خمس عشرة وأربعمائة للهجرة، يعد أحد أئمة مذهب الشافعية، اشتهر بحفظ المذهب حتى إنه قال عن نفسه "لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي، من تصانيفه البحر، وهو من أوسع كتب المذهب والفروق وغيرها، مات مقتولاً على يد الملاحدة في سنة اثنتين وخمسمائة للهجرة. [راجع: طبقات الشافعية لابن صلاح ج٢ص٨٠٠-٨٠١ ، دار البشائر، بيروت ، ط١ ١٩٩٢م ، وشذرات الذهب لابن العماد ج٤ ص٤ ، وطبقات الشافعية للسبكي ج٧ص١٩٣-١٩٥ ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ،١٩٧٠م]

(٢) راجع : العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص١٩٤- ١٩٥، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٣١.

(٣) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٥٩ ٢٦١.

(٤) راجع: العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص١٩٤- ١٩٥، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٣١

(٥) راجع: وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٥ ، ورياض المسائل للطباطبائي قده ج٥ ص١١٢- ١١٣

(٦) التحكيم في اللغة: مصدر حكمه في الأمر والشيء، أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه ، وحكمه بينهم أمر أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم ، و في الاصطلاح: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما ' . راجع : مختار

للأجنبي لا على سبيل النيابة، ولكن من قبيل التمليك[١] ؛كتفويض الطلاق للزوجة ، وهو لا ينعزل[٢] كما ذكروا أن الأجنبي المشروط له الخيار لا يلزمهُ رعاية الحظ للأصيل، بل له أن يفعل ما يشاء ؛ لأنه لم يفوض إليه على وجه الائتمار كما هو الحال بالنسبة للوكيل الذي لا يتصرف بالفسخ، أو الإجازة إلا على وجه النظر؛ لأنه مؤتمر[٣].

والإمامية قالوا إن اشتراط الخيار للأجنبي خاصة هو تحكيم لا توكيل، ويعنى ذلك أن جعل الخيار للأجنبي عن العقد يكون بمعنى تخويله الأمر، وتفويض حق الخيار إليه تفويضاً لازماً لا يجوز لمن خولهُ ذلك في العقد نفسه أن يعزله بعد ذلك، وليس للأصيل أن يختار معه، بل هو ملزم بما يحكم به هذا الأجنبي[٤].

ويلاحظ أن أصحاب هذا القول لم يبنوا رأيهم على أدلة من كتاب، أو سنة ،أو عرف معتبر، وإنما انطلقوا من الاتفاق المبرم بين العاقد والأجنبي؛ فقالوا إن العاقد قد اشترط الخيار للأجنبي صراحة، وهذا رضا للأجنبي، ولذا فالقول قول الأجنبي؛ لأن العاقد قد نحى نفسه جانباً عن الخيار ما دام قد اشترط الخيار للأجنبي[٥].

ثانياً : شرط مشـــورة الأجنبي

قد يحتاج العاقد لمشورة الأجنبي فقط، دون أن يجعله وكيلاً أو يفوضه الأمر، ومشورة الأجنبي تساعد العاقد على الاختيار، ولكنها غير ملزمة للعاقد، عند الفقهاء بصفة عامة، ولاسيما في حالة المشورة المطلقة، أما المشورة المقيدة ؛ ففيها خلاف بين الفقهاء .

= الصحاح للرازي ، باب الحاء ، مادة "ح ك م" ص١٤٨ ، وأساس البلاغة للزمخشرى ، مادة "حكـم" ص١٤٨ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٧ ص٢٤ .

(١) راجع : العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص١٩٤- ١٩٥.

(٢) راجع : البجيرمي على الخطيب ج٣ ص٣١٨-٣١٩.

(٣) راجع : التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٣١.

(٤) راجع : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي ج٣ص٤٥٢ دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ١٩٨٣، ورياض المسائل للطباطبائى قده ج٥ ص١١٢- ١١٣، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٥.

(٥) راجع: المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٣٤، و نهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٤، والوسيط في المذهب لمحمد الغزالي ج٣ ص١١١، دار السلام ، بيروت ،١٩٩٧م .

فالمالكية أجازوا للعاقد اللجوء إلى مشورة غيره لكنها غير ملزمة إذا كانت مطلقة، وفي هذا الصدد قالوا إن من باع سلعة أو اشتراها على مشورة غيره كزيد مثلاً، ثم أراد البائع أو المشترى أن يبرم البيع دون مشورة زيد، فإن له أن يستقل بذلك.

ولا يحتاج إبرام العقد إلى مشورته ؛ لأنه لا يلزم من المشاورة الموافقة فهي مجرد مشورة ، أما إذا باع سلعة، أو اشتراها على خيار فلان أو رضاه ثم أراد أن يبرم البيع، ويستقل به دون خيار فلان، أو دون رضاه فإنه ليس له ذلك؛ ولابد من رضا فلان ،أو خياره في إمضاء البيع، أو رده، والفرق بينها وبين المشورة، أن مشترط المشورة اشترط ما يقوى به نظره أي ما يساعده على الاختيار، أما مشترط الخيار أو الرضا لغيره فهو معرض عن نظر نفسه[1]، أي أنه قد جعل الخيار من البداية لهذا الأجنبي، وأعرض بنفسه عن الخيار.

<u>وللشافعية قولان في هذه المسألة:</u>

القول الأول: ويرى أنصاره أن الشخص إذا اشترى شيئاً ،وقال اشتريته على أن استشير فلاناً، فإن أمرني بالإجازة أجزت، وإن أمرني بالفسخ فسخت، ثم أراد هذا الشخص الفسخ أو الإمضاء، فهنا لا يجوز له ذلك إلا بمؤامرة فلان، شريطة أن يكون ذلك خلال ثلاثة أيام، وقيل يجوز أكثر من هذه المدة.

القول الثاني: ويرى أنصاره أنه يجوز للشخص أن يمضى العقد أو يفسخه دون الرجوع إلى رأى الأجنبي، وقيل إن القول الأول أراد منه الشافعي -رحمه الله- الاحتياط حتى لا يكون الشخص كاذباً[2]، وإلى القول الثاني ذهب الحنابلة إذ أجازوا الخيار لمشورة فلان من الناس، في وقت معلوم، وأجازوا للشخص العاقد أن يفسخ قبل إن يستأ مر هذا المستشار[3].

والإمامية قالوا بجواز اشتراط مؤامرة الأجنبي، أي الرجوع إلى أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له (العاقد) الفسخ ولا يتعين عليه، بمعنى جاز له الامتثال أو

---

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٤، ٤٦٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٥٩، ١٦٠.

(٢) راجع : المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٥، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٣١.

(٣) راجع: الشرح الكبير لابن قدامه ج٤ ص٧٧.

الرفض؛ لأن الشرط هنا مجرد استئماره لا الالتزام لقوله؛ ولأن الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له، أما إذا أمر بإمضاء العقد فلا يتوقف؛ لأن الإمضاء كان بأصل العقد ولم يطرأ ما يوجب خلافه[1]، والمعنى أنه لا يجوز للعاقد الاعتراض على اختيار هذا الأجنبي في حالة إمضاء العقد.

ولم أوفق في العثور على قول معين للأحناف والزيدية و الإباضية في هذه المسألة فيما تيسر لي من المراجع، ويبدو -والله اعلم- أنهم لا يمانعون اشتراط المشورة في الخيار طالما كانت غير ملزمة للعاقد بل تعينه على الاختيار السليم.

موازنة وترجيح

مما سلف يبدو ــ والله اعلم بالصواب ــ رجحان الرأي القائل بجواز الخيار للأجنبي والمتعاقد معا؛ لأن العاقد هو الذي يثبت له الخيار أولاً ثم ينصرف إلى الأجنبي فيصير الأجنبي وكيلاً عن العاقد ، ويصبح الخيار لهما معا، والتفصيل الذي أورده الأحناف هو الراجح ، ولاسيما من يقدم رأى المالك على الأجنبي (الوكيل) ؛ لأن ولاية المالك تختلف كلية عن ولاية الوكيل.

أما من جعل الخيار للأجنبي تفويضاً على سبيل التحكيم فلا نميل إليه ؛ لأنه حرم العاقد الأصيل من الإدلاء بدلوه مع الأجنبي ، ولا حجة صائبة تبرر ذلك ؛ ولأن المصلحة تقتضى جعل سلطة الأجنبي ملائمة للغرض الذي من أجله وجدت ؛ فالهدف من اشتراط الخيار للأجنبي هو إعانة العاقد على الاختيار السليم، وليس تسليطه على الخيار ، ومن ثم فإن عمله ينبغي أن يكون مثل عمل الوكيل الذي يعينه الأصيل في معاملاته المالية.

ولا أميل إلى رأي الشافعية والشيعة الإمامية الذين أجازوا للأجنبي أن يفعل ما يشاء دون أن يراعى مصلحة العاقد (الأصيل)، فهذا الرأي يتعارض مع مصالح العاقد الأصيل، وهو محل نظر؛ لأنه قد تعرض للنقد حتى من بعض الشيعة الإمامية الذين ذكروا أنه ينبغي على الأجنبي اعتماد المصلحة؛ لأنه أمين، حيث يقع عليه مراعاة الأصلح

---

(١) راجع: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج٣ ص٤٥٢ ، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٥، ورياض المسائل للطباطبائي قده ج٥ ص١١٣.

للعاقد [1]، وعلى هذا الأساس فإذا دعت الحاجة إلى الاستعانة بالأجنبي وجب عليه أن يعمل لمصلحة من فوضه من العاقدين.

كما أن اشتراط الخيار للأجنبي لا يعنى ذلك أن هذا الأجنبي يتحمل الالتزامات، والحقوق التي للأصيل ؛ فهي ثابتة للأصيل بموجب العقد الذي هو طرف فيه ، وعلى هذا الأساس فمن حقه أن يشارك الأجنبي في الاختيار مراعاة لمصلحته التي قد يلمسها هو بنفسه في أي يوم من الأيام المقررة لهذا الخيار.

(١) راجع : جواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لمحمد العاملي ج٢٣ ص٣٥ ؛

المطلب الثاني
مجال خيار الشرط (العقود التي يدخلها)

اتفق الفقهاء الذاهبون إلى مشروعية خيار الشرط على أن هذا الخيار يدخل في عقود المعاوضات اللازمة التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما في مجلس العقد على خلاف بينهم في بيان هذه العقود مابين موسع لدائرتها ومضيق لمجالها ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً: الأحناف

حدد الحنفية العقود التي يدخلها خيار الشرط، ووسعوا دائرة هذه العقود؛ إذ إن خيار الشرط عندهم يدخل في كل عقد لازم يحتمل الفسخ، وهذا يعنى أنه يدخل في العقود اللازمة من جهة والتي تحتمل الفسخ من جهة أخرى، وقد ذكروا أنواع العقود التي يدخلها خيار الشرط،وهى البيع والإجارة والقسمة؛ لأنها بيع من جهة، والصلح عن مال بعينه وبغير عينه، أما الصلح عن القتل العمد الذي يلزم فيه القصاص فلا يجرى فيه خيار الشرط؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، وكتابة، وعتق على مال لو شرط لزوجة وعبد؛ لأن العقد في جانبهم لازم يحتمل الفسخ بخلاف الزوج والسيد فإن العقد من جانبهما، وإن كان لازماً لكنه لا يحتمل الفسخ لأنه يمين.

كما أجاز الأحناف دخول خيار الشرط في الرهن للراهن ؛لأنه بخلاف المرتهن فإن العقد من جانبه غير لازم أصلاً، والكفالة يجوز فيها الخيار سواء أكان شرط الخيار للمكفول أم للكفيل، والحوالة إذا شرط الخيار للمحتال(المحال له) أو المحال إليه؛ لأنه يشترط رضاه، والإبراء بأن قال أبرأتك على أني بالخيار، والإقالة بناءً على أنها بيع، والمساقاة ، والمزارعة .

كما يصح الخيار في تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة[١]، والوقف عند أبي يوسف يجوز إن كان الموقوف غير مسجد، أما إن كان الموقوف مسجداً فلا يصح شرط الخيار فيه[٢].

أما العقود التي لا يدخلها خيار الشرط عند الأحناف فهي النكاح ؛لأنه لا يحتمل الفسخ، والطلاق بلا مال، والخلع بلا مال، والسلم[٣]، والنذر، واليمين، والصرف[٤]، والإقرار؛ لأنه إخبـــار لا يقبل الخيار، والوصية لا خيار فيها لعدم اللزوم من الطرفين.

وعلى هذا الأساس فالأحناف قد أوردوا ضابطاً عاماً لتحديد العقود التي يدخلها خيار الشرط، إذ رأوا أن هذا الخيار يدخل عموماً في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، وفي هذا الصدد قال ابن نجيم[٥] : " علله قاضيخان[٦] بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ".

---

(١) طلب المواثبة، أي المبادرة والسرعة في طلب الشفعة بلفظ يدل على ذلك ؛ كطلبت الشفعة ونحوه ،راجع :حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٩ ص٣٢٩.

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين مع تنوير الأبصار للتمرتاشي وشرحه للحصكفي ج٧ ص١١٦، ١١٧، وجامع الفصولين لابن قاضى سماوه ج٢ ص٢٤١-٢٤٢، المطبعة الكبرى، القاهرة، ط١ ١٩٨١م، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر، ج١ ص٢٤٤، دار الكتب العلمية، د-ت .

(٣) السَلم، والسَلف بمعنى واحد: وقد عرفه الفقهاء بتعاريف متقاربة في المضمون، فعند الأحناف هو "بيـــع آجل وهو المسلم فيه بعاجل وهو رأس المال" ، وعند المالكية "بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل" ، وعند الشافعية "بيع موصوف في الذمة" ، وعند الحنابلة "عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد". راجع: المراجع الآتية على حسب ترتيـــب التعـــاريف : (حاشـــية رد المحتار لابن عابدين ج٧ص٤٥٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص٣١٥ ، ومغنى المحتاج للشر بيني ج٢ ص١٠٢، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٨٨) .

(٤) الصرف هوبيع نقد بنقد قيل سمي به لصر يفهما ،وهو تصويتهما في الميزان ، وقيل لانصرافهما عـــن مقتضى البياعات من عدم جواز التفرق قبل العقد ونحوه ، (راجع: الروض المربع للبهوتي ص٢٤٨) .

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٤.

(٦) هو حسن بن منصور بن محمود الأوزجندى المشهور بقاضيخان من كبار فقهاء الحنفية في المشرق، وله فتاوى كثيرة ومتداولة في كتب الأحناف ولد في أوزجند وهى بلدة باصبهان قرب فر غانة مات في سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة للهجرة، له مصنفات عديدة أهمها (الأمالي) و (الفتاوى) و (شرح الجامع الصغير)[راجع: الأعلام للزر كلى ج ٢ ص٢٢٤ ، والفوائد البهية للهندي ص٦٤-٦٥]

ثانياً: المالكية

قال المالكية إن خيار الشرط يدخل في عَقد البيع بصفة عامة أو ما في معناه، وفي الإجارة على عمل، والمزارعة، والرهن والسلم، والكتابة وهى "العتق على مال"[١].

والملاحظ هنا أن المالكية قد أجازوا دخول خيار الشرط في عقد السلم بهدف المشورة والسؤال؛ حيث أجازوا تأخير رأس المال لمدة يومين أو ثلاثة أيام، وما دام الأمر كذلك فهم لا يشترطون التقابض في السلم مجلس العقد ؛ لأن رأس المال إذا تأخر لا مجال للحديث عن التقابض.

ثالثاً: الشافعية

الأصل عند الشافعية أن خيار الشرط يثبت في العقود اللازمة الواردة على العين التي لا يشترط فيها تسليم البدلين او أحدهما في مجلس العقد ، ولا يثبت في غيرها من الفسوخ، والعتق ، والإبراء ، والنكاح، والإجارة، وما يشترط القبض في المجلس؛ كبيوع الربا والسلم ؛ لأن السلم لا يحتمل التأجيل، والخيار أعظم غرراً منه ؛لأنه مانع من الملك أو من لزومه[٢].

ومن الجدير بالذكر أن خيار الشرط والمجلس متلازمان عند الشافعية ، ومتفقان في كثير من الأمور، غير أنهما مختلفان في بعضها، فخيار المجلس يثبت في العقود التي يتم التقابض فيها في المجلس بخلاف خيار الشرط، وخيار الشرط لا يثبت في الشفعة، ولا في الحوالة، وفي خيار المجلس خلاف فيهما، وفي الهبة بشرط والإجارة لا يثبت فيهما خيار الشرط، ويثبت فيهما خيار المجلس على خلاف ، كما أن خيار الشرط على الراجح من المذهب لا يثبت في المهر، ولا يثبت في العقود الجائزة من الطرفين ؛ كالوكالة والوديعة ،وكذا الجائزة في حق أحد الطرفين كالرهن[٣] ،ولا يثبت في القسمة إن كان فيها جبر، وقرعة؛ لان الجبر ينفي الخيار، وإن كان بالتراضي فينبني على أن القسمة بيع

---

(١) راجع: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٤ ص١٥٨- ١٥٩، وكتاب المنتقى شرح الموطأ للباجى ج٥ ص٥٦، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٢ -٤٦٣ .

(٢) راجع: مغنى المحتاج على متن المنهاج للخطيب الشربينى ج٢ ص٤٧.

(٣) راجع : المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٢٨، ٢٢٩، ونهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٣ -١٤ وأسني المطالب للأنصاري ج٢ ص٥١، ٥٢ وجاء فيه : " ويثبت خيار الشرط حيث يثبت خيار المجلس فهما متلازمان لا في الربوي، والسلم، فلا يثبت فيهما خيار الشرط وإن ثبت فيهما خيار المجلس"

إفراز حق، والصلح عن قود لا يقبل الخيار؛ فلو شرط فيه الخيار سقط القود ،وبطل الشرط ،ووجبت الدية ،وكذلك الخلع لا يقبل الخيار[١]

وعلى هذا الأساس فالواضح أن الشافعية قد أجازوا دخول خيار الشرط على كل عقد فيه معنى البيع، أما العقود غير اللازمة التي يكون لأحد العاقدين حق فسخها فلا معنى لدخول خيار الشرط عليها مع جواز التصرف فيها.

رابعاً: الحنابلة

قال الحنابلة إن خيار الشرط يثبت في البيع بصفة عامة، والصلح بمعناه بلا نزاع، ويثبت في الإجارة بالذمة، أو على مدة لا تلي العقد؛ لأنها لو جاءت بعد العقد مباشرة لا يثبت فيها خيار، ولا يثبت في الهبة بعوض على إحدى الروايتين، و يجوز في القسمة، على أن الخيار لا يدخل القسمة إذا كانت هي إفراز حصص مثلاً. وأما الشفعة فلا خيار فيها عند الحنابلة ؛لأن المشترى يؤخذ منه المبيع قهراً، والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه فأشبه فسخ البيع كالرد بالعيب ونحوه[٢].

كذلك ذكروا العقود التي لا يدخلها خيار الشرط وهى ما يشترط فيها القبض في المجلس ؛كالصرف والسلم، ولا يدخل خيار الشرط في العقود اللازمة التي لا يقصد بها عوض كالنكاح، والخلع، والوقف والهبة ، والرهن، والكفالة والعقود الجائزة من الطرفين كالشركة، والوكالة، والوديعة، والحوالة، ولا يدخل في العقود المترددة بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة[٣]، ويرى ابن تيمية أن خيار الشرط يدخل في جميع العقود[٤].

---

(١) راجع : التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص ٢٩٣-٢٩٤ .

(٢) راجع : المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص١٣١- ١٣٣، والروض المربع للبهوتي ص٢٤٠.

(٣) راجع: كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٣، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٨ . ومن الجدير بالذكر أن الصلح الذي في معنى البيع عند الحنابلة هو الذي لا يخرج مضمونه عن معنى البيع؛ كأن يقر شخص أن عنده لشخص كيس من الأرز، ثم يصالحه على هذا الكيس بمبلغ من المال، فهنا معاوضة ويثبت فيها خيار الشرط، أما الإجارة التي على عمل فمضمونها أن يستأجر شخص ويقول له خط لي هذا الثوب بكذا، فإن قال المؤجر لي: الخيار لمدة يومين أو نحو ذلك فهذه جائزة، أما إذا قال أجرتك منزلي لمدة سته أشهر بكذا على أن تبدأ المدة من حين العقد ولي الخيار لمدة خمسة أيام تبدأ من اليوم فهنا لا تصح الإجارة عند الحنابلة لأنها على مدة تلي العقد مباشرة.

(٤) راجع : كتاب العقود ص٢١٨، مكتبة السنة المحمدية ، القاهرة ،د- ت.

والسبب عندهم أن هذا يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز، وقيل إن هناك رأياً لبعض الحنابلة يقضي بجواز دخول الخيار في الإجارة على مدة تلي العقد مباشرة، ويتصرف المستأجر فإن فسخ العقد رجع بقيمة المنافع المستوفاة[١].

و مع أن ظاهر مذهب الحنابلة لا يجيز خيار الشرط في الإجارة على مدة تلي العقد ،إلا أن المستحسن ــ كما قال بعض المعاصرين[٢] ــ أن يدخل الخيار على الإجــارة سواء أكانت تلي العقد مباشرة أم لا، وذلك بهدف التسهيل، ورفع الحرج عن الناس؛ كأن يقوم شخص ما باستئجار شقة معينة لمدة ستة أشهر ،ويشترط لنفسه الخيار من المدة التي تلي العقد مباشرة ؛ فيقول للبائع مثلا استأجرت منك الشقة لمدة ستة أشهر، تبدأ من يومنا هذا حتى نهاية يوم كذا على أن لي الخيار مدة عشرة أيام تبدأ بعد العقد هذا مباشرة ؛ فإذا افترضنا أن المستأجر قد فسخ العقد بموجب الخيار خلال مدة الخيار ؛ فقد يقول قائل أن المؤجر قد يتضرر من هذا العمل، نقول لا ضرر هنا طالما أن المستأجر ملزم بدفع أجرة الأيام التي قضاها في المنزل على حسب العرف، وأجرة المثل عند الخلاف.

ولهذا فإن الرأي القائل بجواز هذا الخيار في مدة تلي العقد مباشرة هو ما أميل إليه[٣] ؛ لأن هناك من المبررات، والحجج ،والظروف التي قد تدفع الشخص إلى اشتراط الخيار لنفسه؛ كأن يكون الشخص قادماً من دولة أخرى للدراسة، ويتوقع أن تنتهي في مدة يسيرة، أو لديه عمل يتوقع أن ينتهي منه خلال مدة محددة غير أكيدة ونحو ذلك[٤].

٤. يلاحظ اختلاف الفقهاء حول دخول الخيار في الحوالة ؛إذ أجاز الأحناف والإمامية والزيدية دخول الخيار فيها، ومنع ذلك الشافعية والحنابلة، ولم يتضح قول المالكية في ذلك.

---

(١) راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ص٦٨.

(٢) وهذا ما يراه الشيخ محمد صالح بن عثيمين ، ويرى أيضاً أن خيار الشرط يجوز دخوله في عقد الصرف ويكون ذلك حين يقوم البائعان بالتقابض قبل التفرق، ويبقى بأيديهما على حسب ما اشترطاه فإما أن يمضيا العقد أو يفسخاه، كما يرى أن الصرف نوع من البيع، أسوةً بالإجارة فهي بيع المنافع، للاستزادة راجع: الشرح الممتع على زاد المستقنع ج٨ ص٢٨٤، ٢٨٥.

(٣) هذا الرأي لبعض الحنابلة كما تقدم.

(٤) راجع : الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٨٥.

إفراز حق، والصلح عن قود لا يقبل الخيار؛ فلو شرط فيه الخيار سقط القود ،وبطل الشرط ،ووجبت الدية ،وكذلك الخلع لا يقبل الخيار(١)

وعلى هذا الأساس فالواضح أن الشافعية قد أجازوا دخول خيار الشرط على كل عقد فيه معنى البيع، أما العقود غير اللازمة التي يكون لأحد العاقدين حق فسخها فلا معنى لدخول خيار الشرط عليها مع جواز التصرف فيها.

رابعاً: الحنابلة

قال الحنابلة إن خيار الشرط يثبت في البيع بصفة عامة، والصلح بمعناه بلا نزاع، ويثبت في الإجارة بالذمة، أو على مدة لا تلي العقد؛ لأنها لو جاءت بعد العقد مباشرة لا يثبت فيها خيار، ولا يثبت في الهبة بعوض على إحدى الروايتين، و يجوز في القسمة، على أن الخيار لا يدخل القسمة إذا كانت هي إفراز حصص مثلاً. وأما الشفعة فلا خيار فيها عند الحنابلة ؛لأن المشترى يؤخذ منه المبيع قهراً، والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه فأشبه فسخ البيع كالرد بالعيب ونحوه(٢).

كذلك ذكروا العقود التي لا يدخلها خيار الشرط وهى ما يشترط فيها القبض في المجلس ؛كالصرف والسلم، ولا يدخل خيار الشرط في العقود اللازمة التي لا يقصد بها عوض كالنكاح، والخلع، والوقف والهبة ، والرهن، والكفالة والعقود الجائزة من الطرفين كالشركة، والوكالة، والوديعة، والحوالة، ولا يدخل في العقود المترددة بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة(٣)، ويرى ابن تيمية أن خيار الشرط يدخل في جميع العقود(٤).

---

(١) راجع : التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص ٢٩٣-٢٩٤ .

(٢) راجع : المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص١٣١- ١٣٣، والروض المربع للبهوتى ص٢٤٠.

(٣) راجع: كشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٣، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٨ . ومن الجدير بالذكر أن الصلح الذي في معنى البيع عند الحنابلة هو الذي لا يخرج مضمونه عن معنى البيع؛ كأن يقر شخص أن عنده لشخص كيس من الأرز، ثم يصالحه على هذا الكيس بمبلغ من المال، فهنا معاوضة ويثبت فيها خيار الشرط، أما الإجارة التي على عمل فمضمونها أن يستأجر شخص ويقول له خط لى هذا الثوب بكذا، فإن قال المؤجر لى: الخيار لمدة يومين أو نحو ذلك فهذه جائزة، أما إذا قال أجرتك منزلي لمدة سته أشهر بكذا على أن تبدأ المدة من حين العقد ولى الخيار لمدة خمسة أيام تبدأ من اليوم فهنا لا تصح الإجارة عند الحنابلة لأنها على مدة تلي العقد مباشرة.

(٤) راجع : كتاب العقود ص٢١٨، مكتبة السنة المحمدية ، القاهرة ،د- ت.

خامساً: الزيدية والإمامية، و الإباضية:

ذكر الزيدية العقود التي يدخلها خيار الشرط، والتي لا يدخلها؛ إذ قالوا: يدخل في البيوع عموماً، والصلح بمعنى البيع، والإجارة، وفي المهر، وعوض الخلع، ولا يدخل في الصرف والسلم لشرط التقابض في المجلس، ولا يدخل في الرهن، ولا في العقود الجائزة من الطرفين كالوديعة، والوكالة، ولا في الوقف أو العتق؛ إذ هما إزالة ملك لقربه، ولا في النكاح لأنه شرع للديمومة، والخيار ينقضهُ، ويدخل الخيار كذلك في القسمة إذا كانت إفرازاً، ولا يدخل في الطلاق، ولا في الوصية؛ إذ يجوز الرجوع فيها، ولا يدخل في النذر[١].

كما ذكر الشيعة الإمامية العقود التي يدخلها خيار الشرط وقالوا إنه يدخل في عقود البيع، ولا يدخل في الإيقاعات كالطلاق، والعتق، ولا في العقود الجائزة، ويجوز اشتراطه في الصدقة، والهبة اللازمة، ويدخل في سائر العقود اللازمة ما عدا النكاح، ولا يدخل في الضمان على الراجح عندهم، ولا يدخل في الوقف؛ لأن الوقف فك ملك بغير عوض[٢]، ويدخل في أقسام البيوع جميعها عدا الصرف والإجارة، والمزارعة، والقسمة إن لم يكن فيها رد، ولا يتصور إلا بأن يشترط الخيار في التراضي القولي بالسهام[٣].

وبالنسبة للإباضية لم يفصلوا القول في هذه المسألة، وإن كان يفهم من كلامهم أن خيار الشرط يدخل في عقود البيع عموماً، ولم يذكروا العقود التي لا يدخلها خيار الشرط[٤].

سادساً : موازنة وترجيح :

عرضت سلفاً أقوال كل مذهب على حدة حتى أستطيع أن أبين رأي كل مذهب حول العقود التي يدخلها خيار الشرط، ومن أقوال الفقهاء تم استخلاص الأمور الآتية:

---

(١) راجع: البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٩، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤١١، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج٣ ص١٠٤.

(٢) راجع: منهاج الصالحين للخوئي ج٣ ص٣٤، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٧١ ،مطبعة النجف، بغداد، ١٩٥٥م .

(٣) راجع : كتاب المكاسب لمرتضى الأنصاري ج٢ ص٢٥٩ ، مؤسسة النعمان، بيروت، ١٩٩٠م .

(٤) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج٩ ص ٢٦٢-٢٦٣ .

١. يلاحظ إجماع الفقهاء القائلين بجواز خيار الشرط على أن هذا الخيار يدخل في عقد البيع، والسبب في ذلك يرجع إلى تلك المنزلة التي يحظى بها هذا العقد، فهو من أشهر العقود المسماة في الفقه الإسلامي؛ لأنه من ضروريات الحياة، فهو لازم لتبادل السلع، والمنافع بين الناس، ولتيسير أمورهم وأحوالهم، والله جل وعلا قد ذكره بوصفه عنواناً للتعامل الحلال حيث قال تعالى: (... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ...)[١].

حتى إن بعض الفقهاء (المالكية) قد أطلق على العقد المقترن به خيار الشرط بيع الخيار، مع أن الخيار لا يدخل في هذا العقد فحسب، بل يدخل في غيره من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ، ولعلهم قد ذكروه كنموذج يحتذى به في كل العقود التي تقبل خيار الشرط.

٢. يلاحظ مما سلف أن هناك بيوعاً لا يدخلها خيار الشرط؛ كعقدي الصرف والسلم والبيوع الربوية،وإن كان بعض المذاهب تجيز الخيار في عقد السلم، لعدم اشتراط التقابض عندهم في المجلس، "المالكية والإمامية" .

٣. يلاحظ أن خيار الشرط يدخل في عقد الإجارة عند الأحناف والزيدية ، وعند الشافعية والإمامية لا يدخل فيه الخيار، أما المالكية فقد قالوا بدخول خيار الشرط في الإجارة التي في الذمة، أي الإجارة التي تكون على عمل ، ومثال ذلك أن يستأجر أحدهم غيره لبناء حائط بشرط الخيار.

أما الحنابلة في المعتمد عندهم فقد أجازوا الخيار في الإجارة التي في الذمة التي تكون على مدة لا تلي العقد مباشرة ؛ كأن يكون بدء الإجارة في شهر شوال مثلاً، في حين أن العقد قد أبرم في شعبان، فالخيار هنا يجوز أن يكون في المدة ما بين شوال وشعبان فقط؛ ولذا فلابد أن تنقضي مدة الخيار قبل حلول شهر شوال ، أي قبل دخول مدة الإجارة، فهذا النوع من الإجارة عند الحنابلة هو الذي في معنى البيع، على أن خيار الشرط عند الحنابلة لا يثبت في إجارة العين إذا جاءت مدته بعد العقد مباشرة، كأن يبرم اليوم العقد، وتبدأ مدة الإجارة من غد لمدة شهر، فهنا لا يجوز الخيار في هذا النوع من الإجارة.

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٧٥.

والسبب عندهم أن هذا يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز، وقيل إن هناك رأياً لبعض الحنابلة يقضي بجواز دخول الخيار في الإجارة على مدة تلي العقد مباشرة، ويتصرف المستأجر فإن فسخ العقد رجع بقيمة المنافع المستوفاة[١].

و مع أن ظاهر مذهب الحنابلة لا يجيز خيار الشرط في الإجارة على مدة تلي العقد ،إلا أن المستحسن ــ كما قال بعض المعاصرين[٢] ــ أن يدخل الخيار على الإجارة سواء أكانت تلي العقد مباشرة أم لا، وذلك بهدف التسهيل، ورفع الحرج عن الناس؛ كأن يقوم شخص ما باستئجار شقة معينة لمدة ستة أشهر ،ويشترط لنفسه الخيار من المدة التي تلي العقد مباشرة ؛ فيقول للبائع مثلا استأجرت منك الشقة لمدة ستة أشهر، تبدأ من يومنا هذا حتى نهاية يوم كذا على أن لي الخيار مدة عشرة أيام تبدأ بعد العقد هذا مباشرة ؛ فإذا افترضنا أن المستأجر قد فسخ العقد بموجب الخيار خلال مدة الخيار ؛ فقد يقول قائل أن المؤجر قد يتضرر من هذا العمل، نقول لا ضرر هنا طالما أن المستأجر ملزم بدفع أجرة الأيام التي قضاها في المنزل على حسب العرف، وأجرة المثل عند الخلاف.

ولهذا فإن الرأي القائل بجواز هذا الخيار في مدة تلي العقد مباشرة هو ما أميل إليه[٣] ؛ لأن هناك من المبررات، والحجج ،والظروف التي قد تدفع الشخص إلى اشتراط الخيار لنفسه؛ كأن يكون الشخص قادماً من دولة أخرى للدراسة، ويتوقع أن تنتهي في مدة يسيرة، أو لديه عمل يتوقع أن ينتهي منه خلال مدة محددة غير أكيدة ونحو ذلك[٤].

٤. يلاحظ اختلاف الفقهاء حول دخول الخيار في الحوالة ؛إذ أجاز الأحناف والإمامية والزيدية دخول الخيار فيها، ومنع ذلك الشافعية والحنابلة، ولم يتضح قول المالكية في ذلك.

---

(١) راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ص٦٨.

(٢) وهذا ما يراه الشيخ محمد صالح بن عثيمين ، ويرى أيضاً أن خيار الشرط يجوز دخوله في عقد الصرف ويكون ذلك حين يقوم البائعان بالتقابض قبل التفرق، ويبقى بأيديهما على حسب ما اشترطاه فأما أن يمضيا العقد أو يفسخاه، كما يرى أن الصرف نوع من البيع، أسوةً بالإجارة فهي بيع المنافع، للاستزادة راجع: الشرح الممتع على زاد المستقنع ج٨ ص٢٨٤، ٢٨٥.

(٣) هذا الرأي لبعض الحنابلة كما تقدم.

(٤) راجع : الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٨٥.

٥. أجاز بعض الأحناف (أبو يوسف) دخول خيار الشرط في الوقف، ولم يجز ذلك الجمهور، والظاهر أن رأى الجمهور هو الراجح ؛لأن الوقف قربة إلى الله يتقرب بها العبد، ودخول الخيار فيه سيؤدى إلى تكوص الناس عن الوقف بعد التصرف.

٦. قال الأحناف، والإمامية إن الكفالة تقبل خيار الشرط، ولم يقل بذلك المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، و الإباضية.

هذه هي أهم الاختلافات التي تبينت من خلال عرض أقوال الفقهاء بصدد العقود التي يدخلها خيار الشرط، والواضح أن الأحناف، ومن سلك مسلكهم قد وسعوا دائرة العقود التي يدخلها خيار الشرط، ولعل هذا مسلك محمود العواقب ؛ لأنه يمنح المتبايعين فرصة كبيرة للاستفادة من خيار الشرط في عقود المعاملات المالية التي قد تكون من متطلبات الحياة العصرية في زماننا هذا.

والحاجة إلى توسيع دائرة العقود التي يدخلها خيار الشرط، قد لا تكون في جانب الأفراد فحسب، فقد تحتاج المؤسسات المالية الكبرى إلى ذلك خاصة المصارف الإسلامية التي لها معاملات واسعة في شتى ميادين الحياة الاقتصادية ، والله أعلم بالصواب.

المطلب الثالث

صاحب خيار الشرط ،ومجاله في القانون المدني اليمني

سيتم في هذا المطلب عرض موقف القانون المدني اليمنى من صاحب خيار الشرط، ومجاله من خلال بيان الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة الخيار، وتحديد العقود التي تقبل هذا الخيار، وتفصيلا لذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول : صاحب خيار الشرط في القانون المدني اليمني

الفرع الثاني: مجال خيار الشرط في القانون المدني اليمني

الفرع الأول

صاحب خيار الشرط في القانون اليمني

تناول المشرع اليمني أصحاب الخيار في القانون المدني، وبين أن خيار الشرط يجوز أن يكون للعاقدين معا، أو لأحد هما، أو للأجنبي عن العقد، وسيتم ذكر أصحاب خيار الشرط على النحو الآتي :

أولاً: اشتراط الخيار للعاقدين معا، أو لأحدهم :

أجاز المشرع اليمني للعاقدين أن يشترطا الخيار لهما معا، أو يكون لأحد هما دون الآخر، حيث نصت المادة (٢٣١) في شطرها الأول على أنه : "يجوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين أو أحدهما..." [1].

والواضح من هذا النص أنه يجوز للعاقدين أن يتفقا على جعل الخيار لهما معا، سواء أكانت المدة متساوية أم متفاضلة؛ ففي عقد البيع مثلاً يجوز للبائع أن يشترط لنفسه الخيار لمدة محددة ، ويجوز كذلك للمشترى أن يشترط الخيار لنفسه ؛ فعلى سبيل المثال

---

(١) القانون المدني اليمني النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م، ص٣٩ . ،وقد ورد هذا النص أيضا في القانون المدني اليمني الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م في المادة ٢٣٤ التي نصت على أنه :'يجوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين أو أحدهما ...'

في عقد البيع يحق للبائع أن يشترط الخيار لنفسه لمدة سبعة أيام ،ويجوز كذلك للمشتري أن يشترط لنفسه الخيار لمدة تزيد أو تنقص عن المدة التي حددها البائع ، وهذه المسألة تركها المشرع لرضا الطرفين ،وعلى هذا الأساس فإن القانون المدني اليمني يتفق مع رأى جمهور الفقهاء القائلين بجواز اشتراط الخيار للعاقدين معا.

كما أجاز المشرع اليمني اشتراط الخيار لأحد العاقدين فقط، وهذا يكون برضا المتعاقدين، فقد يرغب أحد العاقدين في اشتراط الخيار لنفسه بهدف التروي ودفع الغبن، وهذا ما نلحظه كثيراً في المعاملات المالية؛ إذ يلجأ المشترى غالباً إلى اشتراط الخيار لنفسه بهدف تجربة المبيع أو مشاورة الغير فيه، أو نحو ذلك،والحال كذلك بالنسبة للبائع فقد يرغب في بيع أحد ممتلكاته، ولكن رضاه لم يكتمل بعد ؛ولذلك يشترط لنفسه الخيار مدة محددة يستطيع أن يتخذ فيها القرار المناسب (الفسخ أو الإمضاء) .

وبذلك يتضح أن هذا المسلك الذي سلكه المشرع اليمني يتفق مع رأي غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط الذين قالوا بجواز اشتراط الخيار لواحد من المتبايعين بمفرده .

ثانياً: اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد:

أجاز المشرع اليمني اشتراط خيار الشرط للأجنبي عن العقد؛ حيث نصت المادة (٢٣١) في شطرها الأول على أنه : " يجوز أن يشترط في العقد اللازم بفسخه لكل من المتعاقدين أو أحدهما أو لأجنبي..." كما بين المشرع اليمني الأحكام المتعلقة بالأجنبي، وذلك في المادة (٢٣٦) التي حدد ت المركز القانوني له، حيث نصت على أنه "إذا شرط المتعاقدان خيار الفسخ لغيرهما فلا يجوز عزله ولا يجوز له الاعتزال في مدة الشرط إذا قبل إلا برضائهما ولا يلزمه خيار الأصلح لشارطه ولا ينتقل حق الخيار لشارطه إلا بموت الأجنبي قبل انتهاء المدة، ولا يجوز للوكيل شرط الخيار لأجنبي إلا بإذن موكله".

ومن نص هذه المادة تتبين الأمور الآتية:

(١) إذا شرط المتعاقدان خيار الفسخ لغيرهما :

يلاحظ أن عبارة **خيار الفسخ لغيرهما** تثير اللبس والغموض؛ فهي توحي بأن هذا الأجنبي مخول في فسخ العقد فقط، ولا يجوز له إمضاء العقد، وفي ذلك لم يكن المشرع اليمني موفقاً ؛ لأنه لم يسلك مسلك الفقهاء القائلين بجواز خيار الشرط للأجنبي، حيث لم

يشترطوا أن يكون للأجنبي الفسخ دون الإمضاء، بل أجازوا له أن يمارس الخيار بدلاً عن الأصيل، وعندما يمارس الأجنبي الخيار فانه سيختار الإمضاء أو الفسخ ، وهذا أمر لا خلاف بين الفقهاء حوله ٠

(٢) لا يجوز عزل الأجنبي المشروط له الخيار، ولا يجوز له الاعتزال.

يلاحظ أن المشرع اليمني قد بين حكم اشتراط الخيار لغير المتعاقدين(الأجنبي)، وذكر أنه لا يجوز عزله، ولا يجوز له الاعتزال إذا كان قد قبل الشرط، وفي ذلك تبرز ملاحظتان هما:

أ- لا يجوز عزله: ،ويعنى ذلك إلزام من عينه من المتعاقدين بعدم عزله، وهنا يظهر بجلاء المركز القانوني لهذا الأجنبي ، فهو ليس وكيلاً عن أحد المتعاقدين بل خوله المشرع اليمني الأمر وملكه القرار، وعلى هذا الأساس فخيار الشرط صار تمليكاً للأجنبي، ولا يجوز لمن خوله ذلك في العقد أن يعزله بعد ذلك، ويعنى أن الاختيار سيكون لهذا الأجنبي فقط، أما الأصيل فلا يجوز له أن يتدخل مع الأجنبي في الاختيار، بل يجب عليه أن ينصاع لأمر الأجنبي.

وفي هذه المسألة يتضح أن المشرع اليمني قد خالف جمهور الفقهاء القائلين إن المشروط له الخيار (الأجنبي) بمثابة وكيل عن المشترط، ومن ثم فإن الخيار يثبت للأجنبي (الوكيل)، وللعاقد معا، والواضح أن المشرع هنا قد أخذ برأي الشافعية والإمامية، وهذا الرأي مرجوح كما ظهر لي سلفا ؛ لأنه قد جعل الخيار للأجنبي على سبيل التحكيم لا التوكيل ،وهو بذلك قد حرم الأصيل من المشاركة في الاختيار جنباً إلى جنب مع الأجنبي.

والمستخلص من نص المادة المذكورة أن المشرع اليمني قد جعل الخيار للأجنبي وحده فيحق له إمضاء العقد أو فسخه، أما الأصيل فلا خيار له مع الأجنبي[١]، ويبدو أن موقف المشرع غير صائب، والصواب هو قول الجمهور السالف ذكره؛ لأن الأجنبي

---

(١) وقد شرحت المذكرة الإيضاحية مضمون المادة ٢٣٦ حيث ذكرت أن اشتراط الخيار للأجنبي ، يعني ذلك أن خيار الشرط قد أصبح له وحده ، وليس لأحد الطرفين أن يشاركه في الاختيار ، وعلى ذلك ؛ فلا يجـوز عزله أو اعتزاله ولا يلزمه خيار الأصلح لشارطه راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني ، الكتاب الثاني، ص٩٤ ٠

مجرد وكيل ،ويجوز لمن عينه أن يعزله، وهذا ينسجم مع قواعد الوكالة التي أجازت للموكل أن يعزل الوكيل[1] ؛لأن الأصيل قد يشترط الخيار لشخص ما ،ولمدة محددة ثم يكتشف أن هذا الشخص ليس أهلاً للقيام بالاختيار لكونه ليس محل ثقة ،أو لأي سبب آخر، كما أن حرمان الأصيل من الاختيار أمر غير صائب ،وقد ذكرت ذلك سلفاً بمناسبة الموازنة بين رأي الجمهور والرأي الراجح عند الشافعية والإمامية ، والله اعلم بالصواب.

وإذا اعتبرنا الأجنبي وكيلا عن الأصيل في الاختيار فانه باتفاق الفقهاء يجوز للموكل عزل الوكيل في أحوال تستوجب العزل ؛كأن يختار الأصيل بنفسه، فهنا يعزل الوكيل ضمنياً، أو أن تظهر ظروف معينة تجعل الوكالة من الصعوبة بمكان خلال مدة خيار الشرط، كأن يصاب الأجنبي بالجنون ،أو بالمرض أو نحو ذلك.

وحين جعل المشرع اليمني الأمر في يد الأجنبي، يبدو أنه قد جعل له صفة المحكم، وليس هذا هو الصواب كما يبدو لي؛ إذ الأفضل كما قال جمهور الفقهاء أن يكون الأجنبي بمثابة وكيل لا محكم .

ب - <u>لا يجوز للأجنبي الاعتزال إذا كان قد قبل الشرط:</u>

والمعنى أنه لا يجوز للأجنبي الاعتزال إذا قبل شرط الخيار، إلا في حالة الرجوع إلى العاقدين لأخذ موافقتهما بالاعتزال، وهذا يدل على أن المشرع اليمني لم يجعل للأجنبي صفة الوكيل، ومسلك المشرع هذا لا يتناسب مع طبيعة خيار الشرط ؛ لأن مهمة الأجنبي تنحصر في مساعدة المتعاقد على اختيار الاوفق والأرفق له(للمتعاقد) ؛ ولذلك فمن حق الأجنبي أن يعتزل إذا رأى أنه غير قادر على تقديم المساعدة اللازمة للعاقد (الأصيل) ،أو ألمت به ظروف أجبرته على الاعتزال ، وليس من الضروري أن يتوقف اعتزاله على رضا الأصيل ، والحكم الذي ذكره المشرع اليمني في المادة (٢٣٦) محل نظر، وكان الأجدر بالمشرع اليمني أن يأخذ بأحكام الوكالة التي وردت في المادتين (٩٣١ و٩٣٢)؛ لأن المادة (٩٣١) من القانون المدني اليمني قد نصت في فقرتها السابعة

---

(١) ذكرت المادة (٩٣١) من القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م، الحالات التي تنتهي فيها الوكالة، ومن ضمن هذه الحالات نصت في الفقرة السادسة على "جحد الموكل للوكالة عزل للوكيل من حينه"، كما نصت المادة (٩٣٢) على أنه "يجوز للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت في مواجهته أو بعد إعلانه، ولا يخل ذلك بحقوق الوكيل".

على أن الوكالة " تنتهي إذا نزل الوكيل عن الوكالة واعتزلها" .وبموجب هذا النص يحق للوكيل أن يعتزل الوكالة لأي سبب ؛ ولذا يتوجب على المشرع اليمني أن يعمل على تعديل حكم المادة (٢٣٦) ، وينص على أن الأجنبي المشروط له الخيار يأخذ حكم الوكيل، وتنطبق عليه الأحكام القانونية المتعلقة بالوكالة.

(٣) ولا يلزمه خيار الأصلح لشارطه"

وهذه العبارة تعنى أن الأجنبي المشروط له الخيار، ليس ملزماً باختيار الأصلح والأفضل لشارطه ، وإنما يكون له الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه بمحض إرادته ؛ لأن الشرط له[1] ، ومن حقه أن يختار ما يراه، فالأمر قد فوض إليه.

وما ورد في هذه العبارة يتنافى مع الهدف الذي من أجله أبيح خيار الشرط للأجنبي ؛ فالهدف ـــ كما ذكر جمهور الفقهاء ـــ هو إعانة العاقد الأصلي على التبصر والتفكر، ومساعدته على اختيار الأحسن، والأوفق، والأرفق له ؛ ولذا ينبغي على الأجنبي حين يباشر الخيار نيابة عن الأصيل أن يختار الأصلح للأصيل ؛ لأنه مؤتمن ويجب عليه تأدية الأمانة بصورة طيبة .

ولهذا فإن ما ذهب إليه المشرع اليمني لا يتفق مع قول غالبية الفقهاء، بل الواضح أنه قد أخذ ذلك عن رأى بعض الشافعية، والإمامية، وهؤلاء قالوا ـــ كما تقدم ـــ إن الأجنبي المشروط له الخيار لا يلزمه رعاية الحظ لأنه غير مؤتمر؛ ولأن خيار الأجنبي عندهم من قبيل التمليك لا التوكيل، أي أن الأمر مملوك للأجنبي ، وليس للعاقد أي تدخل في ذلك، وقد تبين سلفاً أن هذا الرأي يشوبه الضعف ، وعدم الاتساق مع طبيعة خيار الشرط ، بل إنه لم يسلم من النقد حتى من بعض فقهاء الشيعة الإمامية ، وقد تقدم ذكر نقدهم في محله ،

ولا أعلم في حقيقة الأمر ما الحكمة التي أرادها المشرع اليمني من ذلك، ولماذا انحاز لهذا الرأي، وترك رأى غالبية الفقهاء الذي ينسجم مع مقتضيات العدالة ، ويحقق المصلحة الراجحة للعاقد الذي تنصرف إليه آثار الخيار ؛ فالضرر قد يقع عليه إذا لم

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني ص٩٤، ٩٥.

يراع الأجنبي مصلحة العاقد ، ومن ثم فإن هذا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية المبنية على تحقيق مصالح العباد ورفع الضيق والحرج عنهم.

(٤) عدم انتقال حق الخيار لشارطه إلا بموت الأجنبي قبل انتهاء مدة الخيار.

ويعنى ذلك أن حق الخيار يظل بيد الأجنبي خلال مدة الخيار، فمن حقه أن يمضي العقد، أو يفسخه بمشيئته دون تدخل من الأصيل ، ولا ينتقل الخيار إلى الأصيل إلا بعد موت الأجنبي، فإذا مات الأجنبي انتقل الخيار للأصيل رفقاً به لكونه المستفيد من هذا الخيار[(١)].

وهذا المسلك لا يتفق مع رأي الجمهور، بل أخذه المشرع اليمني عن رأي الشافعية ،والإمامية، وقد تبين سلفاً أن رأي الجمهور هو الراجح في هذه المسألة ؛لكونه يحقق مصلحة العاقد (الأصيل) ،ويرفع الحرج والمشقة عنه، ويحقق الحكمة من مشروعية شرط الخيار؛ لأنه ينظر إلى الأجنبي بصفته وكيلاً عن الأصيل (العاقد) ، وعلى ذلك فالخيار لا ينتقل من الأجنبي إلى الأصيل في حالة الجنون فقط ، بل هناك أمور أخرى ينتقل بسببها الخيار من الأجنبي إلى العاقد ؛كأن يعتزل الأجنبي، أو يعزله العاقد ،أو يتعرض الأجنبي لعارض من العوارض التي قد يفقد بسببها الأهلية ؛ كالجنون، أو تعتريه حالة من السفه ، وهذه الحالات توجب انتقال الخيار إلى الأصيل، والله أعلى، واعلم بالصواب .

(٥) لا يجوز للوكيل شرط الخيار لأجنبي إلا بإذن موكله:

ويعني ذلك أن العاقد إذا لم يكن أصيلاً، بل كان مجرد وكيل بالبيع أو الشراء ؛ فلا يحق له في الأصل اشتراط الخيار للأجنبي إلا بإذن موكله لما يترتب على ذلك من آثار قد تضر الأصيل ؛ لأن الأصيل قد لا يقبل هذا الأجنبي لسبب أو لآخر، وقد يتحمل التزامات لا يقبل بها ، ومن ثم فلا يحق للوكيل شرط الخيار للأجنبي إلا بإذن الموكل ،وما ذكره المشرع هنا يتفق مع آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط ، ولكن إذا أفترضنا أن الوكيل بالبيع، أو الشراء قد شرط الخيار للعاقد الآخر فهل يصح ذلك ؟.

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني ص٩٤ "إذا مات الأجنبي دون اختيار في مدة الشرط انتقل الخيار إلى شارطه".

في الواقع لا توجد في القانون المدني إجابة صريحة عن هذا السؤال ، ولكن بمفهوم المخالفة للنص السالف الذكر يتضح أنه يجوز للوكيل أن يشترط الخيار لنفسه، أو لموكله أما شرطه للعاقد الآخر فلا يجوز ؛ لأنه لا يجوز للوكيل شرط الخيار للأجنبي كما ذكر المشرع ، فمن باب أولى أنه لا يجوز شرطه للعاقد الآخر دون إذن الموكل ، وللخروج من دائرة الغموض ؛ فالأصوب أن ينظم المشرع اليمني هذه المسالة بصورة واضحة ليسهل تطبيقها في الواقع العملي دون لبس أو غموض .

وبالموازنة بين موقف القانون المدني اليمني ، وموقف الفقهاء في مسالة صاحب الخيار يتضح أن القانون المدني اليمني قد أجاز الخيار للعاقدين معا، وأجاز الخيار كذلك لأحد هما أو للأجنبي ، وهو بذلك قد أخذ برأي جمهور الفقهاء ، ومع ذلك يلاحظ أن القانون اليمني قد خالف رأي الجمهور فيما يخص الأحكام المتعلقة بخيار الأجنبي ، حيث منح الأجنبي مركزاً قانونياً يختلف عما قرره جمهور الفقهاء ، وتم تفصيل ذلك في محله.

الفرع الثاني
مجال خيار الشرط في القانون المدني اليمني

حدد المشرع اليمني في المادة (٢٣١) من القانون المدني اليمني الأحكام المتعلقة بالعقود التي يدخلها خيار الشرط؛ حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: "... يجوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين أو أحدهما أو لأجنبي، ولا يصح خيار شرط التروي بالفسخ في النكاح والإقرار، ويبطل به الصرف والسلم".

ومن نص هذه المادة يتضح بجلاء أن المشرع اليمني قد حدد العقود التي تقبل خيار الشرط، والعقود التي لا تقبله، وكذلك العقود التي يبطلها شرط الخيار إذا دخل عليها، والعقود التي يبطل فيها الشرط وتصح هي، وعلى ذلك فقد قسم المشرع العقود التي يدخلها خيار الشرط إلى ثلاث مجموعات، المجموعة الأولى العقود التي تقبل خيار الشرط ، والمجموعة الثانية العقود التي لا تقبل الخيار، والمجموعة الثالثة العقود التي يبطلها الخيار إذا دخلها ، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: العقود التي تقبل خيار الشرط

أشارت المادة سالفة الذكر إلى العقود التي تقبل خيار الشرط في شطرها الأول حيث نصت على أنه: "يجوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه ...".

ومن هذا النص تتضح الأمور الآتية:

١- يلاحظ أن المشرع اليمني قد أوجد ضابطاً عاماً، وهو أن خيار الشرط يدخل في جميع العقود التي تحتمل الفسخ، وهذه كثيرة ومجالها فسيح فمنها اللازمة، ومنها غير اللازمة، وكان يتوجب عليه أن يوضح المقصود بالعقود التي تحتمل الفسخ هل اللازمة أم إنها جميع العقود، ولعله قد قصد بذلك العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، وهذا ما اتضح من خلال ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني التي أشارت إلى أن خيار الشرط يدخل في العقود اللازمة من الجانبين(١) ،وبناء على ذلك فهذا الخيار يدخل في كل عقد لازم يحتمل الفسخ ؛ كعقد البيع ،وغيره من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ .

٢- بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، وجدت أنها قد نصت على أن : " اشتراط الخيار إنما يكون في الأمور التي تحتمِل الفسخ، وهي العقود التي تقبل خيار المجلس"(٢).

والعقود التي يثبت فيها خيار المجلس بينتها أيضاً المذكرة الإيضاحية حيث نصت على أن : "العقود التي يثبت فيها خيار المجلس هي كل عقد معاوضة (فيخرج التبرع)، واقعة على عين فتخرج العقود التي ترد على منفعة (عقد الإجارة)، لازمة من الجانبين فتخرج العقود غير اللازمة كالوكالة ؛ إذ لا حاجة للخيار فيها ليس فيها تملك قهري فتخرج الشفعة، وجارية مجرى الرخص فتخرج الحوالة فلا خيار فيها لأنها جائزة"(٣).

وبناءً على ذلك فالملاحظ أن المشرع اليمني قد أشار صراحة إلى أن العقود التي تقبل خيار الشرط هي تلك العقود التي تقبل خيار المجلس أيضاً.

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني، ص٩٣.

(٢) راجع :المذكرة الإيضاحية، الكتاب الثاني ص٩٣

(٣) راجع: المذكرة الإيضاحية، المرجع السابق ص ٩٣.

ثانيا: العقود التي لا تقبل خيار الشرط:

هناك عقود بطبيعتها لا تقبل خيار الشرط، وهذه العقود ذكر منها المشرع اليمني عقدين هما النكاح والإقرار؛ فخيار الشرط إذا دخل على واحد منهما بطل الخيار، وصح العقد ؛ فإذا دخل مثلاً على عقد النكاح لا يثبت شرط الخيار بل يسقط أما عقد النكاح فهو صحيح.

والحق أن هذه العقود ليست محصورة في النكاح، والإقرار فحسب، فهناك عقود أخرى لا تقبل هذا الخيار بطبيعتها ، وأهمها العقود الجائزة من الطرفين(غير اللازمة) ؛ كالوكالة ،والوصية، والوديعة، ونحو ذلك، وإنما أورد المشرع اليمني في هذه المادة النكاح والإقرار على سبيل المثال لا الحصر.

ثالثا: العقود التي يبطلها خيار الشرط:

أشارت المادة سالفة الذكر إلى أثر هذا الخيار في بعض العقـود، وخاصـة التـي يشترط فيها التقابض في المجلس ؛ كعقدي السلم، والصرف، حيث بينت أن خيار الشرط إذا دخلهما بطلا بسبب هذا الشرط ، أي أنه لا يجوز للطرفين الاتفاق على اشتراط خيار الشرط في عقدي السلم أو الصرف.

رابعا :موازنة بين القانون المدني وآراء الفقهـاء:

بالموازنة بين ما أورده المشرع اليمني بشأن العقود التي يدخلها خيار الـشرط ، وبين آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط تتضح الأمور الآتية:

١- يلاحظ أن المشرع اليمني قد منع دخول خيار الشرط في بعض العقود التي يتم فيها التقابض في المجلس ؛ كعقدي الصرف والسلم ،كما ذكر العقود التي لا تقبل خيار الشرط بطبيعتها ؛ كعقد النكاح لقدسية هذا العقد وديمومته ، وفي هذه المسالة لا يختلف موقف القانون عن رأي غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط.

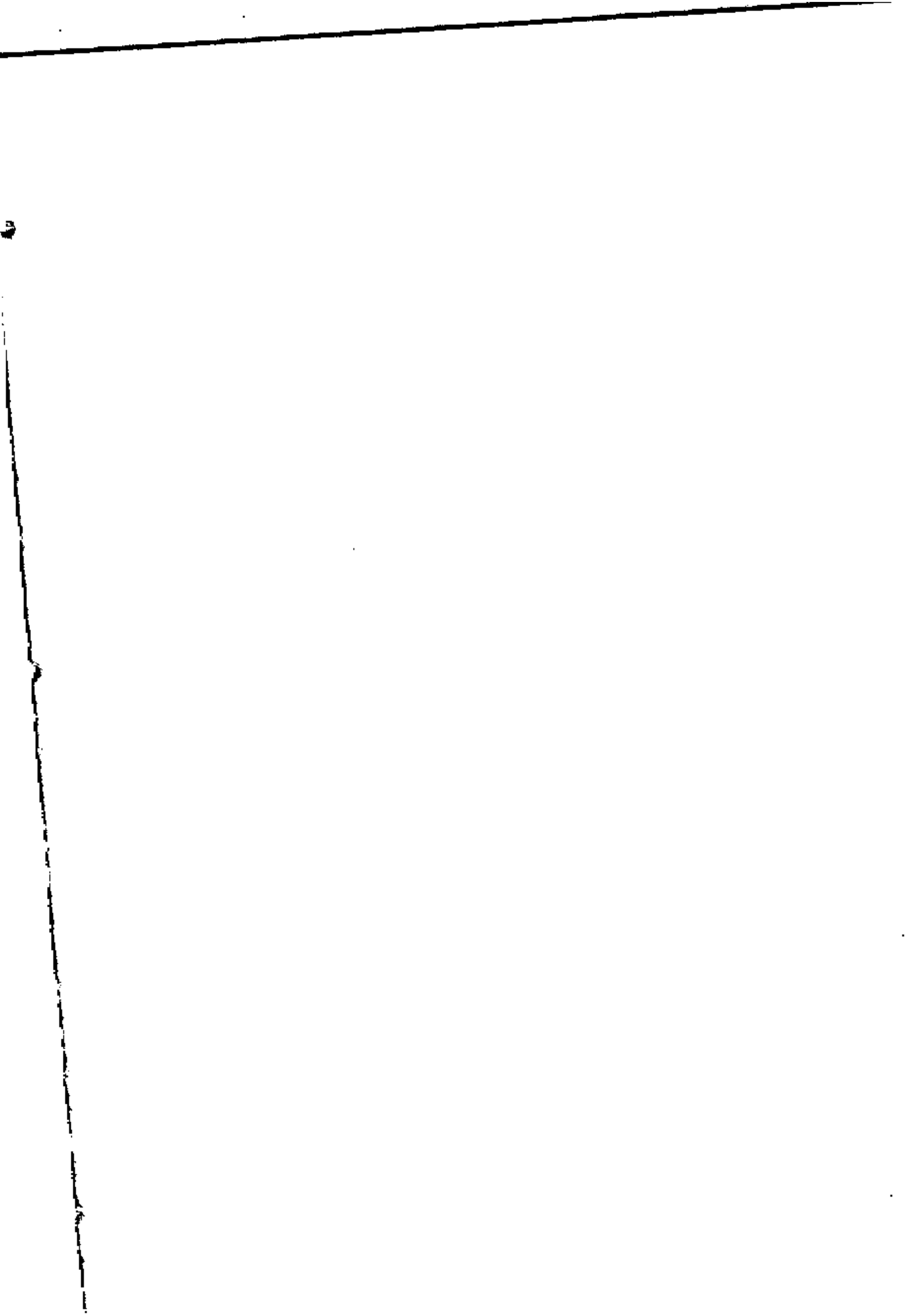
٢- يلاحظ أن المشرع اليمني قد جعل العقود التي تقبل خيار الشرط هي العقود التي تقبل خيار المجلس نفسها، وهذه تسوية لا مبرر لها في هذا المجال ، ويبدو أنه أخذ برأي الشافعية الذين يرون أن خياري الشرط والمجلس متلازمان، غير أنهم لم يجعلوا العقود التي يدخلها خيار الشرط هي العقود التي يدخلها خيار المجلس نفسها ، بل ميزوا بين العقود التي يدخلها خيار المجلس ، والعقود التي يدخلها

خيار الشرط ، **وظهر التمييز في أمور عدة أهمها** أن خيار المجلس يثبت في عقود لا يثبت فيها خيار الشرط ؛ كعقود التقابض في المجلس، ويثبت في عقدي الشفعة، والإجارة ، وكان المفترض أن يميز المشرع بين العقود التي يدخلها خيار الشرط ، وتلك التي يدخلها خيار المجلس ، وهذا ما فعله الشافعية حين حددوا العقود التي يدخلها خيار الشرط، والعقود التي تختص بخيار المجلس ؛ ويظهر أن المشرع اليمني قد وقع في لبس واضح في هذه المسألة ؛ ولذا يتوجب عليه أن يزيل اللبس ، ويميز بين العقود التي تقبل خيار الشرط ، والعقود التي تقبل خيار المجلس .

٣- لم يوسع المشرع اليمني دائرة العقود التي يدخلها خيار الشرط ، بدليل أنه منع دخول هذا الخيار في عقد الإجارة ، وهذا العقد اتفقت غالبية المذاهب على جواز دخول خيار الشرط فيه لما له من دور كبير في مجال المعاملات المالية، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع قد وقع في تناقض واضح فقد ذكر في المذكرة الإيضاحية أن خيار الشرط غير جائز في عقد الإجارة في حين أن المادة (٧٠٢) قد أجازت جميع الخيارات في عقد الإجارة حيث نصت على أنه: "يجوز في الإيجار الخيارات كلها والتخيير في العين بين عين وأخرى وفي العمل بين عمل وآخر...".

وللخروج من هذا التناقض يبدو أنه من المستحسن أن يعالج المشرع هذه المسألة في المادة (٢٣١)؛ إذ يجب أن ينظمها بنص قانوني يبين فيه أن خيار الشرط يدخل في العقود المالية اللازمة التي تحتمل الفسخ[1]، ويقع عليه حذف ما ورد في المذكرة الإيضاحية فيما يخص التسوية بين خيار الشزط، وخيار المجلس في العقود التي يدخلانها، والله أعلم بالصواب .

([1]) يرى بعض شراح القانون اليمني أنه ينبغي أن ينص المشرع على أن العقد الذي فيه خيار الشرط لابد أن يكون لازما مع قابليه للفسخ.راجع أحكام الخيار للعلفي ص٢١٨ .



الفصل الثاني

شروط خيار الشرط وآثاره



الفصل الثاني
شروط خيار الشرط وآثاره

تمهيد وتقسيم:

خيار الشرط لا يتحقق بمجرد ذكره في العقد، بل لابد له من شروط شرعية تؤكد صحته؛ وعلى أساسها يقوم، وينتج أثرهُ في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ،وقد خُصص هذا الفصل لدراسة شروط خيار الشرط، وآثاره في العقود التي تقبله، عند الفقهاء المجيزين لخيار الشرط ، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول : شروط خيار الشرط .

المبحث الثاني : آثار خيار الشرط في العقود .



المبحث الأول
شروط خيار الشرط

هناك العديد من الشروط اللازمة لقيام خيار الشرط ، وهذا المبحث يبين هذه الشروط عند الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، وفي القانون المدني اليمني، وذلك في ثمانية مطالب خصص سبعة منها لبيان شروط خيار الشرط عند الفقهاء المجيزين له، أما المطلب الثامن؛ فقد خصص لدراسة شروط خيار الشرط في القانون المدني اليمني، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : كون البيع مما لا يشترط فيه القبض في المجلس

المطلب الثاني : أن يكون للخيار مدة معلومة

المطلب الثالث : اتصال مدة الخيار بالعقد، وموالاتها

المطلب الرابع : ذكر الخيار في صلب العقد أو بعده

المطلب الخامس : تحديد بداية مدة الخيار ونهايتها

المطلب السادس : تحديد محل الخيار ومستحقه

المطلب السابع : أن لا يشترط المقرض الخيار حيلة للانتفاع بالقرض

المطلب الثامن : شروط خيار الشرط في القانون المدني اليمني



المطلب الأول
كون البيع مما لا يشترط فيه القبض في المجلس

ويعنى ذلك أن البيع الذي يجرى فيه خيار الشرط، ينبغي أن يكون من البيوع التي لا يشترط فيها القبض في المجلس[١]، والبيوع التي لا يشترط فيها التقابض في المجلس كثيرة ؛ كعقد البيع والإجارة وغيرهما.

أما البيوع التي يشترط فيها القبض في المجلس لصحتها كالسلم والصرف ؛ فلا يجوز فيها خيار الشرط على رأى غالبية الفقهاء[٢] سواء أكان التقابض من الطرفين ؛ كعقد الصرف ، أم كان من طرف واحد ؛ كعقد السلم (قبض أحد البد لين) ؛ لأن هذه البيوع يتم التقابض فيها في مجلس العقد قبل التفرق؛ ولذلك فهي مبنية على القبض والانبرام، وخيار الشرط ينافيها، ويبطلها إذا اقترن بها ؛ لان ما يشترط فيه القبض لا يحتمل فيه التأجيل ، والخيار أعظم غرراً من الأجل ؛ لأنه مانع من الملك، أو من لزومه؛ ولذلك فالمقصود من اعتبار القبض أن يتفرق المتعاقدان ، ولاعلقة بينهما تحرزاً من الربا [٣] ، ومع ذلك إذا تم شرط الخيار في بيوع التقابض ، وأبطل الخيار في المجلس قبل التفرق صح العقد إذا كان رأس المال قائماً في يد المتعاقد، ولو افترقا قبل الإبطال ثم أبطل لا يجوز[٤].

فإذا أخذنا عقد السلم مثلاً، نجد أنه لابد لصحة هذا العقد أن يكون باتاً عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما؛ لأن قبض رأس مال السلم في مجلس انعقاده شرط لصحته، ولا يقع القبض صحيحاً، إلا إذا كان مملوكاً للقابض بالعقد، ودخول خيار الشرط

---

(١) راجع: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي للدكتور / الخن وآخرين ج٦ ص٢٢ -٢٣.

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص١٣١، والمبدع في شرح المقنع ج٤ ص٦٨، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٤، والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٢٨ وما يليها، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص١٠٢، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤١١.

(٣) راجع: العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص١٩٣

(٤) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص١٠٢-١٠٣ ، والتاج المذهب للعنسي الصنعانى ج٢ ص٤١١.

عليه يمنع تحقق الملك، ويمنع كذلك صحة القبض الذي هو شرط لصحة هذا العقد ؛ولهذا فإن اقتران خيار الشرط بعقد السلم يبطله لمنافاته لشروط صحة عقد السلم[1].

وهذا هو رأى الجمهور، وخالفهم في ذلك مالك ــ رضي الله عنه كما تقدم ــ حيث أجاز اقتران خيار الشرط بعقد السلم؛ لأنه يرى جواز تأخير رأس المال عن مجلس العقد لمدة لا تزيد عن ثلاثة أيام[2]، وذهب إلى ذلك أيضاً الإمامية حيث أجازوا دخول خيــار الشرط في عقدي السلم، والصرف[3].

ومن الجدير بالذكر أن خيار الشرط لا يجوز في النكاح والإقرار ؛ لأنهما ليسا بيعاً ولا في معناه ، و لا يجوز كذلك في بيع الطعام بالطعام ، ولا في بيع مال الربا بجنسه ، وما فيه ضرر؛ كالمصراة إن شرط فيها الخيار للبائع أو لهما ؛ لان المشتري لا يحلبهــا لعدم ملكه لها ، والبائع يترك حلبها لأجل التصرية وتركه يضرها[4] .

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص١٠٢ .

(٢) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٥٩، وشرح الخرشي على مختصر خليــل ج٥ ص٤٦٤.

(٣) راجع: تذكرة الفقهاء للمحقق الحلي ج١ ص ٣٤١

(٤) راجع: مغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٤٧

المطلب الثاني
أن يكون للخيار مدة معلومة

ويعنى ذلك أن مدة خيار الشرط لابد أن تكون مقيدة بمدة زمنية معينـــة يحـــددها الأطراف بالتراضي ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء حيث اتفقوا على ضرورة تقييد مـــدة الخيار بزمن محدد ؛ إذ لا يجوز الخيار المجهول عندهم[١] ، وخالفهم في ذلـــك بعـــض الفقهاء ، وهم أحمد بن حنبل، والثوري، وابن شبرمة، والحسن بن حي[٢] ، وهؤلاء قالوا بجواز الخيار المؤبد أو المجهول[٣] .

قال ابن قدامة[٤] -في هذا الصدد -:" إذا شرط الخيار أبداً أو متى شاء، أو قـــال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته ، أو شرطاه إلى مدة مجهولة؛ كقدوم زيـــد أو نـــزول المطر أو مشاورة إنسان ونحو ذلك لم يصح في الـــصحيح مـــن المذهب،هـــذا اختيـــار

---

(١) راجع : تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٦٤، والبناية في شرح الهداية ج٦ ص٢٦٠ والمغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٤، والإنصاف للمر داوى ج٤ ص٣٧٣، وشرح الخرشي على مختـــصر خليـــل ج٥ ص٤٥٤، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ــ الحفيد ــ ج٢ ص٣٤٢، والحاوي الكبير للما وردي ج٥ ص٦٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ١٩٩٤م ، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨، ورياض المسائل للطباطبائي قده ج٥ ص١١٣. شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٥٣ ، وكتـــاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧٠ .

(٢) هو: الحسن بن صالح بن صالح بن حي، الهمداني الثوري. محدث روى عن أبيه وأبي إسحاق، وعمرو بن دينار، ضعفه قوم ورموه بالنفاق والبدعة، والتشيع، وترك الجمعة، والخروج على الأمـــة بالـــسيف ووثقه آخرون، وجعله بعضهم في درجات سفيان الثوري في الفقه والورع. قال بعضهم كـــان الحـــسن وعلي ابنا صالح وأمهما قد جزأوا الليل ثلاثة أجزاء؛ فكل واحد يقوم ثلث الليل ؛ فماتت أمهما ، فاقتسما الليل بينهما ، ثم مات علي فقام الحسن الليل كله ، ولد الحسن في سنة مائة للهجرة، وقيل مـــات فـــي سنة تسع وستين ومائة للهجرة. [تهذيب التهذيب لابن حجر ج٢ ص ٢٨٨ ، والجواهر المـــضية فـــي طبقات الحنفية لعبد القادر بن محمد بن أبي الوفاء القرشي الحنفي (تحقيق الدكتور/ عبد الفتاح محمـــد الحلو ج٢ ص٦١، هجر للطباعة والنشر ، الرياض ، ط٢ ، ١٤١٣هـــ/ ١٩٩٣م ، ميـــزان الاعتـــدال للذهبي ج٢ ص٢٤٥ -٢٤٧ ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ،١٤١٦هـ/١٩٩٥م)

(٣) راجع : الاستذكار لابن عبد البر ج٢ ص٢٤٨، دار قتيبة، بيروت، ١٩٩٣م .

(٤) الشرح الكبير ج٤ ص٧٤.

القاضي[١]وابن عقيل[٢] وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه أو تنتهي مدته إن كان مشروطاً إلى مدة، وهو قول ابن شبرمة"

وقال ابن رشد[٣] (الحفيد) :" قال الثوري والحسن بن حي، وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار أبدا" ، وقال ابن المرتضى[٤] : " قال ابن شبرمة وإن جهلت مدة خيار الشرط يصح العقد والشرط ويتأبد الخيار".

ويجاب عن هذا الرأي بالقول إن مدة خيار الشرط ملحقة بالعقد، ومن ثم فلا تجوز مع الجهالة ؛ كالأجل كما أن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الأبد؛ وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح؛ كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف[٥].

والحق أن القول بتأبيد مدة الخيار من شأنه أن يفضي إلى جهالة فاحشة، وغرر كثير يؤدى إلى المشاحنة والبغضاء بين الناس؛ لأن تأبيد المدة يحول دون أن يستفيد العاقد من العقد ؛ كما أن المبيع يعتريه التغيير، والناس كذلك يتغيرون مع مرور الزمن فدوام الحال من المحال ؛ ولذا كيف يمكن استخدام الخيار عند تغيير المبيع ، أو وفاة الأطراف!

---

(١) هو محمد بن الحسين بن خلف بن أحمد بن الفراء شيخ الحنابلة في وقته ، ولدفي سنة ثمانين وثلاثمائة للهجرة وهو عالم عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون من أهل بغداد له تصانيف كثيرة أهمها أحكام القران، والمجرد في الفقه ،مات في سنة ثمان وخمسين وأربعمائة للهجرة(راجع :الأعلام للزركلي ج٦ ص٩٩-١٠٠ ، وشذرات الذهب لابن العماد ج٣ ص٣٠٦)

(٢) هو: علي بن عقيل بن محمد ، أبو الوفاء ، شيخ الحنابلة ببغداد في وقته ، من تلاميذ القاضي أبي يعلى ، ولد في سنة إحدى وثلاثين وأربعمائة للهجرة ، اشتغل في مطلع حياته بمذهب المعتزلة ، وكان يعظم الحلاج ، فأراد الحنابلة قتله فاختفى ثم أظهر التوبة ،كان يجتمع بعلماء من كل مذهب ، فلهذا برز على أقرانه ، كان غزير العلم بليغاً قوي الحجة ، له مصنفات عديدة من أهمها : "الفنون" و "الواضح في الأصول" ، و "الوصول" ، وغيرها ، مات في سنة ثلاث عشرة وخمسمائة للهجرة ، [راجع شذرات الذهب لابن العماد ، ج٣ ص ٣٥ ، والبداية والنهاية لابن كثير ج١٢ ص١٨٤، مكتبة النصر ، الرياض ،ط١ ١٩٩٦م ، ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ج٧ ص١٥١-١٥٢، دار إحياء التراث ، بيروت ، ١٩٥٧م .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص٣٤٢.

(٤) البحر الزخار ج٣ ص٣٤٨.

(٥)راجع الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٤

وعلى ذلك فإن هذا الرأي لا ينسجم مع واقع الحياة، ومعيشة الناس التي تقتضي التيسير لا الجهالة.

وبناءً على ما سلف فإن رأى الجمهور هو الراجح ؛ لأن مدة خيار الشرط لا يصح أن تكون مؤبدة أو مجهولة بسبب الغرر والضرر.

وعلى الرغم من اتفاق الجمهور على تقييد خيار الشرط بمدة معلومة؛ فإنهم قد اختلفوا حول مقدار هذه المدة ، وانقسمت آراؤهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لأبي حنيفة وزفر[1]، والشافعي[2]، والليث بن سعد[3]، ويرى هؤلاء أن مدة خيار الشرط يجب ألا تزيد على ثلاثة أيام ، وتجوز الثلاث فما دونها[4].

ومع أن أبا حنيفة، والشافعي، قد اتفقا على أن مدة هذا الخيار لا تزيد عن ثلاثة أيام، فإنهما قد اختلفا حول الخيار المطلق إذا وقع في الأيام الثلاثة، حيث ذهب أبو حنيفة إلى أن المتعاقدين إذا شرطا الخيار أكثر من ثلاثة أيام أو مؤبداً أو لم يبينا مدةً أو ذكرا وقتاً مجهولاً ثم أجاز صاحب الخيار في الثلاثة صح ذلك، ويجوز حذف الزائد على المدة، وينطبق ذلك على سقوط الخيار في الأيام الثلاثة سواء بموت العاقد أو إحداث ما يوجب

---

(١) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٢، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٠٦، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٧.

(٢) راجع : الحاوي الكبير للماوردى ج٥ ص٦٥، ونهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٣ والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٢٦-٢٢٧، وجاء فيه "إن خيار الشرط عند الشافعية لا يجوز أن يزيد على ثلاثة أيام، وإذا زاد على ثلاثة أيام بطل البيع، ولا يجوز اشتراطه لمدة مجهولة".

(٣)هو: الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي بالولاء، أبو الحارث، ولد في سنة أربع وتسعين للهجرة، كان إمام أهل مصر في الحديث والفقه وكان كبير الديار المصرية، وأمير من بها أصله من خراسان، ومولده في قلقشندة بمصر، كان من الكرماء الأجواد، وقال الشافعي عنه "الليث أفقه من مالك؛ إلا أن أصحابه لم يقوموا به، مات في الفسطاط سنة خمس وسبعين ومائة للهجرة". راجع ترجمته في [وفيات الأعيان لابن خلكان: ج٤ ص١٢٧-١٢٨، وتذكرة الحفاظ للذهبي ج١ص٢٢٤-٢٢٥ دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٣٧٤هـ/١٩٥٤م ، وصفوة الصفوة لجمال الدين ابن الجوزي ج٤ ص٣٠٩-٣١٠ ، وحلية الأولياء للأصفهاني ج٧ ص٢٨٥، وشذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ج١ ص ٢٨٥].

(٤) الحد الأدنى لمدة خيار الشرط ليس بمقدر، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك؛ إذ يجوز للشخص أن يشترط يوماً أو يومين أو غير ذلك، راجع: [بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص١٤٦، والمجموع للنووى ج٩ ص٢٢٧، والمبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤٠.

لزوم العقد؛ ولهذا يرى أبو حنيفة أن شرط الخيار إذا لم يحددا له مدة معينة أو سكتا عن تحديدها فهو فاسد ، ومع ذلك فإذا وقع الاختيار في الأيام الثلاثة انقلب العقد جـــائزاً، إذا سقط المفسد، وهو اشتراط اليوم الرابع[١].

فإذا مضت الثلاثة أيام فالبيع فاسد[٢]، وحجة أبى حنيفة في ذلك أن اشتراط الخيار غير مفسد للعقد، وإنما المفسد باعتبار اليوم الرابع بالأيام الثلاثة فإذا جـــاز فـــي الأيـــام الثلاثة لم يتصل المفسد بالعقد فيكون صحيحاً[٣].

أما الشافعي فيرى أن العقد باطل على كل حال حتى وإن وقع الخيار في الثلاثـــة أيام ؛ لأن الفاسد لا ينقلب إلى صحيح، وفي هذا الصدد قال البغوي[٤] : "كل عقد جاز فيه خيار الشرط فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام، فلو شرط خيار أربعة أيام فسد العقد، وبحذف الزيادة لا ينقلب صحيحاً"، وقال الماوردى[٥] : "فإذا تقرر أن خيار ما زاد على الثلاث لا يصح، فمتى عقد البيع بشرط خيار يزيد على الثلاث، أو خيار مجهول، كان البيع فاسداً، سواء أبطلا الزيادة على الثلاث في مدة الثلاث أم لا".

وحجة الشافعية أن هذا عقد فاسد من وجهة نظرهم، ولا ينبغي أن تلحقه الـــصحة قياساً على بيع الدرهم بدرهمين؛ ولأنه عقد شرط فيه خيار فاسد، فيوجب أن يفسده أصله؛ ولأنه شرط ينافي صحة العقد فوجب أن يبطل به العقد كالأجل المجهول لما فيه من الغرر الذي يؤدى إلى الفساد؛ ولأنه بيع فسد لمعنى، فزوال ذلـــك المعنـــى لا يوجـــب انقلابـــه صحيحاً؛ كما لو باع آبقاً فعاد، أو خمراً فتخللت[٦].

---

(١) راجع :الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٨، والبناية في شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٢- ٢٦٣، والمبـــسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٠

(٢) راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٧ ص١١٤.

(٣) راجع : البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٣.

(٤) راجع:التهذيب في فقه الإمام الشافعي ج٣ ص٣١٩.

(٥) راجع: الحاوي الكبير ج٥ ص٦٧-٦٨.

(٦) راجع: الحاوي الكبير للماوردى ج٥ ص٦٧، ٦٨، والتهذيب في فقـــه الإمـــام الـــشافعي للبغـــوي ج٣ ص٣٢٩.

وإلى هذا الرأي ذهب زفر من الحنفية فهو يرى أن البيع إذا انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً، والسبب في ذلك أن الفساد في صلب العقد فلا يمكن دفعه، وأجيب عن ذلك بأن الفساد وقع في الشرط فأمكن دفعه(١).

<u>القول الثاني</u>: للحنابلة في ظاهر مذهبهم(٢)، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية(٣)، وابن أبى ليلى(٤)، والزيدية(٥)، والإباضية(٦) ، ويرى أصحاب هذا القول أنه يجوز الخيار إذا سمى له مدة معلومة سواء أكان شهراً أم سنة أم أكثر من ذلك، والمهم أن تكون المدة معلومة منضبطة ، وغير مجهولة أو مؤبدة.

وإلى هذا الرأي ذهب الإمامية، مع بعض التفاصيل ؛ حيث قالوا يجب أن يكون لخيار الشرط مدة معلومة منضبطة فلا يجوز أن تكون المدة مما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج أو حصاد الزرع أو نزول الغيث ونحو ذلك ؛ لأن في ذلك غرراً، ومع ذلك قالوا إنه من الجائز أن تطول المدة ولو مادام العمر(٧)، وهذا يعنى أن مدة الخيار قد تستمر سنوات كثيرة جداً ،وهذا فيه من الغررمافيه، وهم لا يقولون أيضاً بالخيار المجهول ومع ذلك أجازوا أن تكون المدة طويلة بهذه الصورة.

---

(١) وقد اختلف مشايخ الأحناف حول حكم هذا العقد في الابتداء، فبعضهم قال ينعقد فاسداً، ثم ينقلب صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع، وبعضهم قال إنه موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد، وقيل انقلب جائزاً بالاتفاق؛ لأن الفساد باعتبار اليوم الرابع. للاستزادة راجع: البناية في شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٢؛ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٤.

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٤، وشرح الزركشى على مختصر الخرقى ج٣ ص٤٠٢، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢١٣،٢٠٢.

(٣) راجع: المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤١، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩.

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى بن يسار، وقيل داود بن بلال، أنصارى وفقيه من أصحاب الرأي، وهو كوفي ولد في سنة أربع وسبعين للهجرة ؛ وولى القضاء لمدة ثلاث وثلاثين سنة لبنى أمية ، ثم لبنى العباس له أخبار مع أبى حنيفة وغيره، مات في سنة ثمان وأربعين ومائة للهجرة. [راجع ترجمته في: وفيات الأعيان لابن خلكان ج٤ ص ١٧٩ــ١٨١ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ج٩ ص ٣٠١ــ٣٠٢، وشذرات الذهب لابن العماد ج١ ص ٢٤٢] .

(٥) راجع : التاج المذهب للعنسى ج٢ ص٤٠٤، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨،.

(٦) راجع : كتاب النيل وشفاء العليل للثميني ج٩ ص٢٥٣ ، وكتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧٠

(٧) راجع: جواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٣،٣٢، ورياض المسائل للطباطبائى قدة ج٥ ص١١٣ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧.

ومن الجدير بالذكر أن جمهور الحنابلة قالوا إنه في حالة اشتراط الخيـــار لمـــدة مجهولة، يصح البيع، ويفسد الشرط، ويلغى للجهالة[١]، والزيدية قالوا إذا وقع الخيار لمدة مجهولة حال العقد فلا يصح العقد، ولا الشرط؛ أي يبطلان معاً، أمـــا إذا كـــان الـــشرط المجهول قد جاء بعد العقد فالعقد صحيح، ولا يصح الشرط ؛لأن الفساد طـــاريء[٢]، أمـــا الإمامية فقد قالوا إنه لو أطلق الخيار من غير ذكر مدة معلومة فيجب تقييدها بثلاثة أيام، وهذا هو قول المتقدمين منهم ، وقال المتأخرون إن الشرط باطل للجهالة، والغرر المنهي عنهما في الشرع[٣] ، ويرى الإباضية أن العقد يبطل إذا كانت مدة خيار الشرط مجهولة ، وقيل يبطل الخيار فقط، أما العقد فهو صحيح[٤] .

القول الثالث : للمالكية ،وقد ذهبوا إلى القول بأن الحد الأقصى لمدة خيار الـــشرط يتعين بقدر الحاجة إلى الاختيار، والتروي؛ نظراً لاختلافات المبيعات، مع مراعاة إسراع التغيير إلى المبيع، وإبطائه عنه؛ ولذا يجوز للعاقد تحديد مدة معينة لاختيار المبيع حسب المعتاد فإن زاد في أجل الخيار إلى فوق ما يحتاج إليه فسد البيع، ولم يجز لخروجه بذلك إلى الغرر الذي لا يجوز في البيوع[٥].

وعلى هذا الأساس فرأى المالكية مبني على أن مدة الخيار ليس لها قدر محـــدود، وإنما تقدر بمقدار الحاجة نظراً لاختلاف المبيعات، فهي تتفاوت حسب تفاوت المبيعات ؛ فاليوم واليومان في اختيار الثوب، والشهر ونحوه في اختيار المنزل، وهكذا، وبالجملة فلا يجوز عندهم الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع؛ لأنه يفضي إلـــى الغـــرر المؤدي إلى المنازعة[٦]، والواضح أن للمالكية تقديرات وردت لكل مبيع بسبب الحاجة إلى المعقود عليه، وهي تختلف من مبيع إلى آخر.

---

(١) راجع: كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٣،٢٠٢.
(٢) راجع: التاج المذهب للعنسي ج٢ ص٤٠٤؛ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨.
(٣) راجع: رياض المسائل للطباطبائي قدة ج٥ ص١١٣ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٨.
(٤) راجع: كتاب غاية المأمول للبطاشي ج ٥ ص٢٢٤ .
(٥) راجع: المقدمات الممهدات لابن رشد (الجد) ج١ ص٨٨-٨٩، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨م ، ص٨٨،٨٩ ، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش ج٥ ص١١٩.
(٦) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ــ الحفيد ــ(تحقيق الـــدكتور عبـــد الله العبـــادي) ج٣ ص١٧٥٢، دار السلام ، القاهرة ، ط١ :١٤١٦هـــ / ١٩٩٥م ،ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٣١٠،

ومن الجدير بالذكر أن الإمام مالك يرى أن الخيار لا يبطل إذا وقع مطلقاً، أو لم ينص المتعاقدان على تحديد مدة معينة له، وإنما يجب على السلطان (الحاكم) أن يتــدخل ويضرب فيه أجل مثله[1]، بمعنى أن يحدد له مدة ؛ كمدة أمثاله من المبيعـــات بموجـــب العرف السائد.

<u>أدلـة الفقهـــاء:</u>

استدل كل فريق من الفقهاء، بعدد من الأدلة التي تؤيد وجهة نظره، وفيمـــا يلـــي سيتم عرض أدلة كل فريق:

<u>أولاً : أدلة أبي حنيفة، والشافعي، ومن ذهب مذهبهما:</u>

استدل هؤلاء بعدد من الأدلة، وهي:

١ـ قالوا إن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد، وهو مفسد للعقد في الأصل، والقياس أنه لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلاً، إلا أنهـم أجـازوه استحـساناً بخـلاف القياس[2] آخذين في ذلك بما روي عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ حـين قال لحبان بن منقذ "إذا بايعت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام"[3].

= ومختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة للعلامة خليل بن إسحق المالكي ص٢٠٠، دار إحيـاء الكتـب العربية، القاهرة، د.ت ، ومعين الحكام على القضايا والأحكـام ج٢ ص٤٢٣، دار الغـرب الإسـلامي، بيروت، ١٩٩٨، والاستذكار لابن عبد البر ج٢ ص٢٤٧ ، وشرح الخرشي علـى مختـصر خليـل ج٥ ص٤٥٣.

(١) راجع : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (الحفيد) ج٢ ص٢٤٢، والتفريـع لابـن الجـلاب ج٢ ص١٧٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١ ١٩٨٧م ، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٣٣، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٩٤م ، وجاء فيها : " قلت: أرأيت أن اشتريت سلعة على أني بالخيار ولـم أجعـل للخيار وقتاً أترى هذا البيع فاسداً أو جائزاً؟ قال: أراه جائزاً وأجعل له من الخيار مثل ما يكون له فـي مثل تلك السلعة "

(٢) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤١،٤٠، وبـدائع الـصنائع للكاسـانى ج٧ ص٢٤، والهدايـة للمرغينانى مع نصب الراية للزيلعى ج٤ ص٤٣١ .

(٣) تقدم ذكر جميع طرق هذا الحديث ، وألفاظ الحديث الوارد أعلاه جاءت في كتب الحنفية فقط ،ولم ترد في كتب الحديث، ومع ذلك ورد في بعض كتب الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قـد أجـاز لحبـان اشتراط الخيار مدة قدرها ثلاثة أيام، وقد تم بيان ذلك في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة ص٤٥.

ويرون أن التقدير الشرعي لمدة الخيار هو ثلاثة أيام كما ورد في الحـديث، ولا يكون هناك تقدير شرعي إلا لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما، ولا شك أن هذا التقدير ليس لمنع النقصان؛ لأنه يجوز اشتراط الخيار دون ثلاثة أيام، ومن ثم فإنه لمنع الزيادة وهذه فائدته[١]، ولذا يجوز الخيار في الثلاث؛ لأنه رخصة، ولا يجوز فيما زاد.

٢ـ قالوا إن زيادة مدة خيار الشرط ستؤدى إلى غرر كثير في العقد؛ إذ إنـه بـسبب اشتراط خيار الشرط يظهر الغرر اليسير في البيع، ومع ذلك أجازوا الخيار لمـدة ثلاثة أيام لورود الأثر الشرعي بذلك، وما زاد على الثلاث سـيؤدى إلـى غـرر أعظم، والغرر منهى عنه؛ ولذا فالثلاث جائزة لقلة غررها، وما زاد عليها غيـر جائز لكثرة غرره ؛ لأن جواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر، والثلاث في حد القلة، وما زاد عليها في حد الكثرة[٢].

٣ـ قالوا إن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد جعل الحد الأقصى لخيار الشرط ثلاثة لحبان بن منقذ، مع أنهُ كان يعانى من ضعف العقل، وقلة الإدارك، وحاجته إلى استدراك الخديعة تتطلب أزيد من ذلك، ومع ذلك لم يجعل له الرسول الزيـادة على الثلاث، فدل ذلك على أن هذه المدة غاية الحد في العقد[٣].

ثانياً : أدلة الحنابلة والصاحبين، ومن سلك مسلكهم:

١ـ قالوا إن هذا الخيار يعتمد على الـشرط، وتفويـضه يعـود للمتعاقـدين حـسب رضائهما[٤]، انطلاقاً من حديث الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ " الْمُسْلِمُونَ عَلَى

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤١، ونهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٨، وإخلاص الناوى للمقرئ ج٢ ص٦٠ ، واللباب في شرح الكتاب للغنيمى ج١ ص١٢-١٣.

(٢) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤١، والحاوى الكبير للما وردى ج٥ ص٦٧، والعزيز شرح الوجيز للرافعي ج ٤ ص١٩٠.

(٣) راجع : الحاوي الكبير للما وردي ج٥ ص٦٦.

(٤) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤١، والبناية في شرح الهداية للعينـي ج٦ ص٢٦١، والمغنـي والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٦.

شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا "[١]، فإذا شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيـــام وجب الوفاء بذلك لظاهر هذا الحديث، أي أن المتعاقدين على شروطهم فيجوز لهما الاتفاق على جعل مدة الخيار شهراً أو شهرين أو حسب الاتفاق.

٢ــ قالوا أيضاً، إن مدة خيار الشرط ملحقة بالعقد شرطاً فلا تتقد ر بالثلاثة كالأجل في الثمن؛ لأن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها وإن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة[٢]، والمعنى أن خيار الشرط شر ع على خلاف مقتضى العقــد تحت ضغط الحاجة، وقد تدعو الحاجة في خيار الشرط أن تزيد مدته على ثلاثـــة أيام ؛ كما أن الأجل يطول ويقصر تبعاً للحاجة.

٣ــ قاسوا خيار الشرط على خياري العيب والرؤية، فقالوا كما يجوز الخيار فيهما أكثر من ثلاثة أيام، فكذلك يجوز اشتراط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام في خيار الشرط[٣].

ثالثاً : <u>أدلة المالــكية:</u>

١ــ استدل المالكية بالحاجة ؛ فقالوا إن الهدف من خيار الشرط هــو اختيــار المبيــع، والمبيعات تختلف فيما بينها، وعلى هذا وجب أن يحدد للخيار مدة على حسب المبيع ؛ ولذلك فكأن النص النبوي الوارد في شأن حبان بن منقذ تنبيه على هذا المعنـــى، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام[٤].

ولذا فالنص على ثلاثة أيام ليس لتحديد الحد الأعلى لمدة خيار الـــشرط بهـــذه الثلاثة فقط ، وإنما هو للتنبيه على هذا المعنى الذي ذكروه ؛ لأن الوقـــوف علـــى النص فقط يعنى أن مدة الخيار لا تتجاوز ثلاثة أيام ، وهذه مدة لا تكفي في جميـــع السلع ؛ نظراً لاختلاف المبيعات.

٢ــ قالوا إن حاجة حبان بن منقذ كانت تندفع بالثلاثة في الغالب ؛ لأنه كان يتاجر فـــي العروض اليسيرة وأكثر مبايعته كانت في الرقيق ليتبصر في ذلك، وكان الناس في

---

(١) الحديث تقدم تخريجه في الفصل الأول ص٤٨ من البحث.

(٢) راجع: المبسوط للسر خسي ج١٣ ص٤١ ، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦١،.

(٣) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣، ٤١.

(٤) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (الحفيد) ج٣ ص١٧٥٤ .

ذلك الزمان إخواناً لا يغبنون أخاهم المسلم، وينظـــرون لـــه أكثـــر مـــا ينظـــرون لأنفسهم(١).

مناقشة الأدلة:

أولاً : مناقشة أدلة أبي حنيفة والشافعي :

١ــ قيل إن النص الوارد في حديث رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ والذي حـــدد مدة الخيار بثلاث، قد ورد تنبيهاً على معنى الخيار، وهو من باب الخاص أريد بـــه العام، وليس من باب الخاص أريد به الخاص(٢) ؛ ولذا يجوز زيادة مدة الخيار على حسب نوع المبيع؛ كما أن جعل رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ لحبان بن منقذ الخيار ثلاثة أيام لا يدل على المنع عن الزائد(٣).

٢ــ قيل إن زيادة مدة الخيار على الثلاثة لا تؤدى إلى غرر فاحش إذا كانـــت الحاجـــة تستدعى إلى الزيادة، فإذا كان النظر يحصل في الثلاثة غالباً فلا بأس، ولكن هذا لا يمنع من الزيادة عند الحاجة، فقد قدرت حجارة الاستنجاء بالثلاثة، ثم تجب الزيادة عند الحاجة(٤)، ولو كان الخيار مشتملاً على غرر لما أجاز الرسول التقـــدير فيـــه بثلاثة أيام(٥).

٣ــ وأما قولهم إن حبان بن منقذ قد جعل الرسول له الخيار لمدة ثلاثة أيام مع أنه كـــان يعانى من ضعف، فيجاب عن ذلك بأن حاجة حبان تندفع بالثلاثة ؛ لأنه كان يتاجر في العروض اليسيرة كبيع العبيد، وهذه لا تحتاج إلى تأمل كثير، فـــضلاً عـــن أن الناس في ذلك الزمان لا يغبنون أخاهم المسلم(٦) ، والله أعلم بالصواب.

---

(١) راجع: شرح الزر قاني على موطأ الإمام مالك ج٣ ص٤٣٢ .

(٢) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ج٣ ص١٧٥٤.

(٣) راجع: تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧.

(٤) راجع: نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين عبد الله الزيلعي ج٤ ص٨ ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،١٩٨٧ م .

(٥) راجع: تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧.

(٦) راجع : شرح الزر قاني على موطأ مالك ج٣ ص٤٣٢ .

ثانياً : مناقشة أدلة الحنابلة :

١ـ أجيب عن قول الحنابلة بأن خيار الشرط كالأجل؛ لأن كليهما يعتمد الشرط، حيث قال ابن الهمام[١]- في هذا الصدد- :" وأما القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً فعملنا بإطلاقه، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيداً بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى إنه لو شرع الأجل أيضا مقيداً بمدة كنا نقول لا يزاد عليها أيضاً لوجوب الاقتصار على مورد النص".

وبهذا فقد اعتمد ابن الهمام في رده على الحنابلة بمورد النص الذي ذكر مدة الخيار بثلاثة، ومع ذلك فمن الممكن أن يجاب عن ذلك بالإجابة التي وجهها المالكية لأبي حنيفة والشافعي .

٢ـ قيل إن قياس خيار الشرط بخياري العيب والرؤية قياسٌ مع الفارق ؛ لأن خياري العيب، والرؤية لا يتمكن منهما الغرر بزيادة المدة ، ولا يدخلهما، في حين يدخل خيار الشرط ؛ لأن زيادة المدة في خيار الشرط فيها كثير من الغرر[٢].

ويجاب عن ذلك بأن المسلمين على شروطهم طالما أن هذه الشروط لا تخالف كتاب الله أو سنة الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ وتراضي الطرفين على مقدار المدة دليل على صحتها ، وليس فيه مخالفة لكتاب الله أو سنة رسوله، والله أعلم بالصواب.

ثالثاً : مناقشة أدلة المالكية:

١ـ من حيث قول المالكية إن مدة الثلاث لا تكفي في جميع السلع نظراً لاختلاف المبيعات، قال ابن الهمام[٣] -في الرد على ذلك -:"يمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الأكثر طريقاً لأنه إن كان لإمكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشترى لا حاجة إلى شرط الخيار أصلاً؛ لأن خيار الرؤية ثابت له ، ولو تأخرت رؤيته سنة، وإن

(١) شرح فتح القدير ج٥ ص٥٠٠ .
(٢) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٧ .
(٣) شرح فتح القدير ج٥ ص٤٩٩.

كان للتروي في أمر هل تساوى الثمن المذكور أو لا ، أو هي منتفع بها على الكمال، وإن لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاث لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين، وذلك يحصل في مدة الثلاث".

وأجيب عن ذلك بأن هذا الرأي غير مطابق للواقع ، ومصادم للحقيقة؛ لأن بعض الناس لا تكفيهم الثلاث لعدم القدرة على اختيار المبيع في هذه المدة القصيرة؛ ولأن قول ابن الهمام دفع مذهبى لكون المالكية لا يقولون بخيار الرؤية في حين يرى الأحناف جوازها[١].

٢ـ أما قول المالكية بأن الحاجة تختلف باختلاف المبيعات فهو صحيح، ولكن الحاجة كما تختلف باختلاف المبيعات، تختلف كذلك باختلاف الأطراف، بسبب سماتهم الذاتية من الذكاء والخبرة ونحو ذلك ؛ فقد يحتاج شخص إلى يومين لمعرفة السلعة، في حين أن غيره يحتاج إلى أيام كثيرة وهكذا، ولما كانت الحاجة تختلف باختلاف الأشخاص وأحوالهم وجب الضبط بما يعرفه المتعاقدان من المدة التي يحتاجسان إليها[٢]، وعلى ذلك فالحاجة تختلف باختلاف الزمان، والمكان، والأشخاص ، والمبيع تبعا للتغيير الذي يصيب الحياة .

<u>موازنة وترجيح:</u>

ومما سلف يتبين أن للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول :وأنصاره قد جعلوا الحد الأعلى لمدة الخيار ثلاثة أيام فقط.

الاتجاه الثاني : يرى أنصاره أن المدة تتقد ر بحسب اتفاق المتعاقدين طالت أم قصرت.

الاتجاه الثالث : يرى أنصاره (المالكية) أن المدة تقدر بحسب حالة المبيع، والمبيعات تختلف فيما بينها.

والذي يبدو لي أن الرأي الراجح هو قول أصحاب الاتجاه الثاني، وهم جمهور الحنابلة، والصاحبان، والزيدية والإمامية؛ للأدلة القوية التي ذكروها ؛ ولأن شرط المدة

---

(١) راجع: تحقيق عادل عبد الموجود وعلى محمد معوض بهامش حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٢.

(٢) راجع :تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧ ،

يدخل ضمن تقدير المتعاقدين، والمهم في الأمر أن تكون هذه المدة معلومة ومحددة ومنضبطة لا مجهولة، ولا طويلة ؛ فلا نحبذ قول بعض الإمامية الذين أجازوا المدة الطويلة مادام العمر؛ لأن هذا من الغرر الفاحش، والجهالة المفضية إلى النزاع والمشاحنة بين الناس.

ولذا فالمعقول من حيث المبدأ أن المدة يترك أمر تحديدها للمتعاقدين فهما أعرف بمصلحتهما من الغير؛ ففي عصرنا هذا وجدت مبيعات ذات تقنية عالية يحتاج مشتريها إلى التروي ،والتفكر قبل إتمام الصفقة ، وهذا يحتاج إلى وقت لا تكفي فيه الثلاث، فالحاجة ماسة إلى المزيد من الوقت للتروي والمشاورة ؛ لأن بعض الصناعات يكتنفها التعقيد ، ويستعصى على الفرد غير الخبير أن يفهم مضمونها بسهولة، وإذا كان الضابط الحاجة فالواجب أن تتقد ر بقدرها .

والثابت أن حياة الناس تتغير بتغير الأزمنة والأحوال، وهذه سنة الله في الكون ؛ فأحكام الشريعة الإسلامية جاءت مجملة فيما يتغير بتغير الأزمنة والأحوال ، وجاءت مفصلة فيما لا يتغير بتغير الأزمنة والأحوال .

والواقع أن مدة الخيار تتغير بتغير الأزمنة، والأحوال ، ولذلك فهي لا تدخل ضمن الأحكام التي لا تتغير بتغير الأزمنة والأحوال ،وعلى ذلك فهي من باب الشروط التي لا تحل حراماً، ولا تحرم حلالاً ، والشريعة الإسلامية قد أجازت للناس أن يشترطوا الشروط التي من هذا القبيل ؛ ولهذه الأسباب مجتمعة يبدو –والله اعلم– أن ترك تقدير المدة لرضا الطرفين ليحددا مقدارها في حدود المعقول هو المناسب.

كما أن رأى المالكية بصدد تقييد الخيار المطلق بالعرف السائد هو الراجح كما ظهر لي، والله أعلم ؛ لأن سكوت الطرفين ، وعدم تحديد مدة محددة للخيار يعني ذلك الاحتكام إلى العرف لما له من دور فعال في تحديد سلوك الناس، ومعاملاتهم.

وعلى ذلك يحدد القاضي المدة المحددة للسلعة بموجب مثيلاتها من السلع في السوق، أما إذا اتفق المتعاقدان على جعل الخيار بينهما مؤبداً أو حدداه بمدة غير منضبطة كنزول المطر، أو قدوم الحاج أو نحو ذلك ؛ فلا يجوز ذلك للغرر الفاحش ، وإذا اختلفا حول مقدار المدة ؛ فالقول للمقر بأقصر الوقتين ؛ لأن الثابت من الخيار ما وقع الاتفاق

عليه[١] ، أما إذا اختلفا في مضي المدة فالقول للمنكر ؛ لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار، ثم ادعى أحدهما السقوط بمضي المدة ، وإذا اختلفا في الخيار فالقول للمنكر ؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط ؛ فهو من العوارض فيكون القول لمن ينفيه [٢] ، أما إذا أقام كل مـــن الطرفين البينة على دعواه ترجحت بينة مدعي الخيار[٣] .

(١) راجع :المبسوط للسرخسي ج١٢ ص٥٩-٦٠.

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٤٣

(٣) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥١ ،ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلـــي حيـــدر ج١ ص٢٥٦

المطلب الثالث

اتصال مدة الخيار بالعقد، وموالاتها

ومعنى ذلك أن مدة خيار الشرط لابد أن تكون متصلة بالعقد أي أن تلي العقد مباشرة فتبدأ من فور إبرام العقد، فلو افترضنا أن العاقدين قد أبرما عقد البيع في السادس من شعبان ، واشترط أحدهما أن يكون لهُ خيار الشرط لمدة عشرة أيام، فإن هذه الأيام وهي مدة خيار الشرط يجب أن تبدأ بعد العقد مباشرة أو خلال مجلس العقد، ولا تتراخى، أما إذا اشترط أن تبدأ العشرة الأيام من أواخر شهر شعبان ؛ فقد بطل العقد.

وهذا الشرط من الشروط التي أكد عليها صراحة جمهور الفقهاء، وهم الشافعية والحنابلة والحنفية ، قال النووي[١] – في هذا الشأن – :" يشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد فلو شرط خيار ثلاث فما دونها من آخر الشهر أو متى شاء أو شرط خيار الغد دون اليوم بطل"، وقال ابن مفلح[٢] – في هذا الصدد– :"وإذا كانت المدة لا تلي العقد لا يثبت فيها خيار الشرط على المذهب"

وعلى هذا الأساس إذا اشترط المتعاقدان الخيار في أيام معينة غير متوالية، أو غير مبتدأة من العقد لم يصح الشرط، ويبطل العقد ؛ لأن الشرط ينافي مقتضى العقد، حيث إن مقتضى العقد هو حصول آثاره مباشرة، كما أن ذلك يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها في مدة الخيار ، وكلاهما غير جائز.

ومع أن الأحناف قد ذهبوا إلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، لكن الملاحظ أنهم يرون أن مدة الخيار إذا تراخت عن العقد يمكن تصحيح ذلك بناءً على رأى المذهب الذي يميز بين العقد الباطل، والفاسد ؛ فالفاسد من العقود ينعقد ويحتمل بعضه التصحيح، إذا كان هناك إمكانية للتصحيح ؛ كأن يكون العقد في آخر شهر رمضان ويشترط المشترى خيار يومين بعد رمضان، فهو جائز فيمكن إيصال المدة بالعقد، فيصبح له اليوم الأخير من رمضان مضاف إليه يومان مما يليه من شوال.

---

(١) راجع: روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٣ ص ٤٤٢ .

(٢) راجع: المبدع في شرح المقنع ج٤ ص٦٨.

أما إذا كان الاشتراط غير قابل للحمل على ذلك فهو عقد فاسد يستحق الفسخ ، ولا يمكن تصحيحه، وفي هذا الصدد جاء في الفتاوى الهندية[١]: " إذا اشترط للمشترى خيار يومين بعد شهر رمضان، والشراء في آخر شهر رمضان فالشراء جائز وللمشترى الخيار ثلاثة أيام، اليوم الآخر من شهر رمضان، ويومين بعده، ولو قال لا خيار له في رمضان فالبيع فاسد" .

ولم أعثر للمالكية والزيدية على قول صريح في هذه المسألة، ولكن لا يعنى ذلك أنهم قد أجازوا المدة التي لا تتصل بالعقد لأن أصحاب هذين المذهبين لا يجيزون جهالة المدة وعدم اتصال المدة بالعقد هو من الجهالة والغرر.

أما بالنسبة للإمامية، والإباضية فقد خالفوا الجمهور، وذهبوا مذهباً آخر، حيث قالوا إنه يجوز أن تكون مدة خيار الشرط متصلة بالعقد، أو منفصلة عنه[٢] ؛ فلو شرط خيار ثلاثة ، أو أزيد من آخر الشهر صح العقد ، والشرط عملاً بالأصل ؛ ولأن العقد في نظرهم قد تضمن شرطاً لا يخالف الكتاب ،والسنة فيجب الوفاء به[٣] .

على أن مدة خيار الشرط يجب أن تكون متوالية متتابعة، بمعنى أن صاحب الخيار إذا شرط الخيار لنفسه خمسة أيام، يجب أن تتابع مدة الخيار في الخمسة الأيام، فإذا اشترط أن يكون الخيار في يوم، ولا يثبت في اليوم الآخر؛ ففي هذه المسألة وجهان صرح بهما الحنابلة ؛ إذ ذكرهما ابن قدامة[٤] قائلاً : "وإن شرطا الخيار شهراً يوماً يثبت ويوماً لا، فقال ابن عقيل يصح في اليوم الأول لإمكانه ويبطل فيما بعده ؛ لأنه إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى الجواز، ويحتمل أن يبطل الشرط كله ؛ لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام فإذا فسد بعضه فسد جميعه كما لو شرطه إلى الحصاد".

---

(١) لنظام وآخرين ج٣ ص٣٩ . راجع كذلك : البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٥، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٣.

(٢) راجع: منهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٤، ورياض المسائل للطباطبائي قده ج٥ ص١١٣، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٥٦.

(٣) راجع : تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٣٢.

(٤) الشرح الكبير ج٤ ص٧٥

وقال الشافعية لا تصح المدة إلا إذا كانت متوالية متتابعة[١] ؛ فلو قال أنت بالخيار اليوم ،وبعد غد دون الغد لا يصح ذلك لعدم تتابع المدة ، ومع أن بقية المذاهب لم تذكر هذه المسالة صراحة كما فعل الحنابلة ،والشافعية ؛ فان ذلك لايعني أنها لم تشترط موالاة المدة، وتتابعها ، ولكن من المؤكد أن بقية المذاهب لا تجيز هذا الخيار إلا إذا كانت مدته متوالية متتابعة .

ومما سلف يبدو أن مدة الخيار لابد أن تكون متصلة بالعقد، وهذا ما ذهب إليه الجمهور، وهو الراجح كما ظهر ؛ لأن هذه المدة ملحقة بالعقد ، ولا ينبغي أن تتراخى عنه، كما ينبغي أن تكون هذه المدة متوالية متتابعة ؛ لأن ثبوت الخيار في يوم، وعدم ثبوته في اليوم الآخر سيؤدى إلى زعزعة المعاملات بين الناس، وعدم استقرارها ، وهذا الأمر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحرص تحقيق مصالح العباد من خلال استقرار المعاملات.

---

(١) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٢٧ ، والتهذيب في فقه الشافعي للبغوى ج٣ ص٣٣٠، وجاء فيه "... لو قال على أنك بالخيار اليوم وبعد غد دون الغد، لا يصح " .

المطلب الرابع
ذكر الخيار في صلب العقد أو بعده

يرى غالبية الفقهاء القائلين بجواز خيار الشرط أن هذا الخيار لا يجوز أن يكون قبل العقد[١] ؛ إذ هو كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف[٢]، فإذا قال شخص لآخر جعلتك بالخيار في العقد الذي سنعقده ثم تم البيع فيما بعد لا يصح مثل هذا الخيار؛ لأنه جاء متقدمًا على العقد[٣]، وخالفهم في ذلك بعض والزيدية ؛ إذ قالوا بجواز خيار الشرط قبل العقد إذا جرى العرف بأن المشروط قبل البيع كالمشروط في حاله فيصح كما لو وقع حاله[٤].

وقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز هذا الخيار على أن يكون الخيار في صلب العقد، ويصير كجزء منه[٥]، ومع ذلك اختلفوا حول جواز اشتراط الخيار بعد العقد ؛ إذ انقسمت آراؤهم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للأحناف والمالكية ، وقالوا يجوز أن يتم اشتراط خيار الشرط بعد العقد ولو بأيام، من ذلك ما صرح به ابن الهمّام[٦] ؛ إذ قال : "يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع لو قال: أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرًا ورضيا به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافًا لهما".

---

(١) راجع : كتاب المجموع النووي ج٩ ص٢٣٧٠، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٢، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٧، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٣.

(٢) راجع: البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٧.

(٣) راجع: الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠.

(٤) راجع: التاج المذهب للعنسي للصنعاني ج٢ ص٤٠٤، وجاء فيه " شرط الخيار لا يصح قبل العقد إلا أن يجري عرف بأن المشروط قبل البيع كالمشروط حاله فيصح كما لو وقع حاله".

(٥) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص ٤٩٩ ، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص ٢٠٢ ، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص ٣٤٧ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص ٣٢٧ .

(٦) شرح فتح القدير ج٥ ص٤٩٩.

وجاء في الفتاوى الهندية (١) أنه "يجوز شرط الخيار بعد البيع كما يجوز شرطه وقت البيع حتى أن المشتري إذا قال للبائع أو البائع قال للمشتري بعد تمام البيع جعلتك بالخيار ثلاثة أيام أو ما أشبه ذلك صح وكان الخيار كما شرط له".

والواضح من رأي الأحناف أنهم أجازوا إلحاق خيار الشرط بالبيع بعد لزومه في خلال ثلاثة أيام ، وهذا باتفاق جميع الأحناف، غير أن الصاحبين أجازا إلحاق الخيار بعد البيع البات شهرًا على حسب رضا المتعاقدين، وهذا الأمر لا يقول به أبو حنيفة فقد أجاز الإلحاق في الأيام الثلاثة فقط .

أما المالكية فقد أجازوا إلحاق الخيار بعد البيع البات، وهذا ما ذكره مالك في المدونة(٢) حيث جاء فيها " قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة من رجل ثم لقيته بعد يوم أو يومين فجعلت له الخيار أو جعل لي الخيار أيلزم هذا الخيار أم لا؟ قال: نعم إذا كان يجوز في مثله الخيار وهو بمنزلة بيعك إياه والثمن من غيره، وله الخيار عليك أو لك الخيار عليه وما أصاب السلعة في أيام الخيار فهو منك".

وعلى الرغم من اتفاق الأحناف، والمالكية في إجازة الخيار بعد البيع البات ، فإن بينهما بعض الاختلافات، حيث يرى المالكية أن إلحاق خيار الشرط بالبيع البات هو بمثابة بيع مؤ تنف، وهو بمنزلة بيع المشتري لغير البائع، والمعنى أنه يجوز إلحاق الخيار بعد البيع البات، شريطة أن يقوم المشتري أولاً بنقد الثمن إلى البائع على الرأي الراجح عندهم، فإذا نقد الثمن يجوز لأحد هما أو لهما معا إلحاق الخيار بالبيع البات ، وعندئذ يصير المشتري هو البائع، ويقع عليه ضمان المبيع في مدة الخيار(٣).

أما إذا تم البيع البات، ولكن دون أن يقوم المشتري بنقد الثمن فلا يجوز إلحاق الخيار هنا ؛ لأن البائع تقرر له ثمن في ذمة المشتري أوجب له عنده سلعة فيها خيار ؛ فهو من باب فسخ دين في دين، وقيل إن هذا هو أصل ابن القاسم، وهو ما ذهب إليه أكثر شيوخ المالكية، وقيل إنه يجوز إلحاق الخيار بالبيع البات سواء تم نقد الثمن أم لا، بناء على

(١) لنظام ومجموعة من علماء الهند ج٣ ص٣٩.

(٢) المدونة الكبرى ج٣ ص٢١٢.

(٣) راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٠٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٥٢، وتبيين المسالك لمبارك الإحسائي ج٣ ص٣٨٢.

ظاهر المدونة التي سوّت بين الأمرين[١]، والى هذا الرأي ذهب بعض الزيدية ؛ إذ قالوا يصح خيار الشرط ولو بعد العقد[٢]، ومع ذلك لم يبين الزيدية المدة التي يجوز فيها إلحاق هذا الخيار كما فعل الأحناف والمالكية .

القول الثاني : للشافعية[٣] ، والإمامية[٤]، والإباضية[٥] ، ويرى أصحاب هذا القول أن خيار الشرط لا يلحق العقد بعد لزومه، بل يجوز اشتراطه في متن العقد أو في مدة مجلس العقد ، ولاسيما عند الشافعية القائلين بجواز خيار المجلس، فإذا تفرقا بالأبدان فلا يجوز شرط الخيار، لأن العقد يصير لازمًا لا يقبل هذا الخيار، والى هذا الرأي ذهب بعض الزيدية ؛ إذ قالوا لا يلحق الخيار إلا في مجلس العقد[٦] .

القول الثالث : للحنابلة[٧] ، ويرون جواز إلحاق خيار الشرط في زمن الخيارين (خيار المجلس والشرط)، قال البهوتي[٨] – في هذا الصدد – : "خيار الشرط أن يشترطاه في العقد أي في صلبه أو بعد انعقاده في زمن خيار المجلس أو خيار الشرط، ولا يصح أن يشترطاه بعد لزوم العقد".

ومن هذا النص يتبين أن خيار الشرط عند الحنابلة يجوز أن يكون في زمن خيار المجلس ، أو في زمن خيار الشرط، والعقد في هذين الخيارين غير لازم ؛ ولذلك يجوز الشرط مادام العقد غير لازم، فإذا صار لازمًا فلا يصح إلحاق خيار الشرط بالعقد بعد لزومه ،وهذا يكون مثلاً ، حين يقول أحدهم اشتريت منك هذه السيارة، ولي الخيار خمسة

---

(١) راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٧.

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسي للصنعاني ج٢ ص٤٠٤، و السيل الجرار للشوكاني ج٣ ص١٠٠ ، البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨ .

(٣) راجع :المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٦ -٢٣٧ ،والتهذيب في فقه الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٢٩-٣٣٠ .

(٤) راجع : تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧.

(٥) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٣.

(٦) وهذا الرأي للإمام الناصر الحسن بن علي بن عمر بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨ ، والروض النضير للسياغي الحيمي ج٣ ص٢٦١ -٢٦٤ .

(٧) راجع : الروض المربع للبهوتي ص٢٤ ، وكشاف القناع للبهوتي، ج٣، ص٢٠٢، والتوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح للشويكي ج٢ ص٦٣، والمعتمد في فقه أحمد للشيباني وابن ضويان ج١ ص٤١٣ .

(٨) كشاف القناع ج٣ ص٢٠٢.

أيام (هذا زمن خيار الشرط) فإذا جاء اليوم الرابع قبل انتهاء مدة خيار الشرط، وقال أريد تمديد الخيار إلى أربعة أيام (فهنا شرط خيار ألحقه بالعقد في زمن خيار الشرط الـسابق) فله ذلك؛ لأن العقد لم يلزم بعد مادامت مدة خيار الشرط لم تفت ، فالعقد غير لازم فـي هذه المدة.

هذه هي آراء الفقهاء في مسألة ذكر الخيار في صلب العقد أو بعـده، وقـد تـم عرضها ، وتبين أن اشتراط الخيار قبل إبرام العقد غير جائز عند غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، غير أن بعض المعاصرين (الشيخ محمد صالح بن عثيمين)، يـرى أنـه يجوز اشتراط خيار الشرط قبل العقد، حيث أورد مثالاً قال فيه: "لو تفاهمت أنا وأنت على أن أبيع عليك السيارة ،واشترطت عليك أن أسافر عليها إلى مكان ما، وعند العقد لم نذكر هذا الشرط إما نسياناً وإما اعتماداً على ما تقدم، فهل يعد هذا أم لا؟" [١]

أجاب بنعم ، ثم ذكر أنه يجوز تقديم الشروط في العقد مثل تقديم الشروط فـي النكاح ؛ فلا فرق بين النكاح، والبيع عنده ؛ لأن الشروط في نظره معتبرة قارنت العقد أم كانت بعده في زمن الخيارين، أم كانت قبله متفقاً عليها من سابق، وبذلك يرى أن خيـار الشرط يجوز قبل العقد، أو بعده، أو في أثنائه ، وقد احتج لرأيه بحديث الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حرامـا" ؛ لأن البائع في نظره لم يدخل مع المشتري في البيع إلا بناء على هذا الشرط[٢] .

كما تبين أن شرط الخيار في أثناء العقد جائز لدى جميع الفقهاء القـائلين بجـواز خيار الشرط ؛ إذ يصير هذا الشرط جزءًا من العقد ، و قد ظهر أن الخلاف بين الفقهـاء قد انحصر حول اشتراط الخيار بعد العقد ؛ فمنهم (الأحناف والمالكية) من أجاز إلحاق الخيار بعد العقد البات بزمن محدد، ومنهم من أجاز إلحاق هذا الخيار في زمـن خيـار المجلس فقط، وهذا مسلك الشافعية، وغيرهم، ومنهم من أجاز إلحاقه في زمن الخيـارين أي خيار المجلس والشرط، وهذا رأي الحنابلة.

---

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع ج٨ ص٢٣٥

(٢) للاستزادة: راجع الشرح الممتع على زاد المستقنع ج٨ ص٢٣٥ -٢٣٦ ، والحديث تقدم تخريجه فـي الفصل الأول ص٤٨

ومما سلف يبدو ــ والله أعلم ــ رجحان الرأي القائل بجواز إلحاق خيار الشرط بالعقد البات ، تطييبًا للخاطر، ولإعطاء المتعاقدين فرصة أخيرة للتروي، ولكن يستحسن إلحاقه خلال مدة قليلة حتى لا يكون ذلك مدعاة للغرر، وهذا الأمر يترك لرضا الطرفين ؛ فهما أعلم بمصلحتهما .

كما أميل إلى تأييد رأي الحنابلة الذين أجازوا إلحاق خيار الشرط في زمن الخيارين ؛ لأن الحنابلة قد أباحوا مسألة مهمة جدًا ، وهي تجديد مدة الخيار ، وهذه المسألة أجازها الزيدية أيضاً ؛ إذ ذكروا أن الخيار يبطل إذا سكت صاحبه ،وفاتت المدة إلا إذا تم تجديده للبائع أو للمشتري[1]

وعلى هذا الأساس ، فإن تجديد مدة خيار الشرط تتيح للعاقد فرصة كبيرة للتروي والمشاورة ؛ لأن الفرد قد يشتري شيئًا ويشترط لنفسه مدة معينة للتروي (هي مدة خيار الشرط) ثم تنقضي هذه المدة دون أن يتمكن من الاختيار ، ولهذا يحق له أن يجدد مدة الخيار قبل فوات المدة الأصلية .

---

(١) راجع: التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨ .

المطلب الخامس

تحديد بداية مدة الخيار ونهايتها

اتفق الفقهاء [١] على ضرورة تحديد بداية مدة الخيار، ونهايتها، غير أنهم اختلفوا حول اللحظة التي تبدأ فيها مدة الخيار، وتنتهي إذا اشترط الخيار في صلب العقد، وسيتم تفصيل هذه المسألة على النحو الآتي:

أولاً : لحظة بدء الخيار

اختلف الفقهاء حول اللحظة التي تبدأ فيها مدة الخيار حيث تباينت آراؤهم على ثلاثة أقوال :

القول الأول: وهو للشافعية في الصحيح من المذهب[٢] ، والحنابلة في الراجح عندهم[٣]، والأحناف[٤]، والمالكية[٥]، والإمامية في الراجح عندهم[٦]، ويرى هؤلاء أن مدة خيار الشرط تبدأ من حين العقد ؛ لأنها ملحقة به فابتداؤها كالأجل ؛ لأن الاشتراط هو سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه مباشرة مثل الملك الذي يأتي بعد البيع.

وقد تناول فقهاء الشافعية، والحنابلة هذه المسألة، وذكروها صراحة، حيث جاء في كتاب المجموع[٧] "وإذا شرط الخيار في البيع ففي ابتداء مدته وجهان أحدهما من حين العقد؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل؛ ولأنه لو اعتبر من

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩ . والمعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٣، ، ونهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ص١٦٩ ، وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ج١ ص١٧٠، والتاج المذهب للعنسي ج٢ ص٤١٤ ، وكتاب النيل وشفاء العليل ج ٩ ص٢٥٦.

(٢) راجع: المجموع للنووى ج٩ ص٢٣٦، ونهاية المحتاج للرملى ج٤ ص١٩.

(٣) راجع: الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتى ص١٦٩.

(٤) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩.

(٥) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكى ج٢ ص٦٥.

(٦) راجع: تذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٣١، وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ج١ ص١٧٠.

(٧) راجع: كتاب المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٣٦.

حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولاً لأنه لا يعلم متى يفترقان، والثاني أنه يعتبر من حين التفرق"، وبعد ذلك علق النووى[١]على القولين ؛ فقال : "أصحهما باتفاق الأصـحاب من حين العقد".

كما ذكر ابن قدامة [٢] الرأي الراجح عند الحنابلة حيث قال : "إذا شرط الخيار مدة معلومة اعتبرنا مدة الخيار من حين العقد في أظهر الوجهين والآخر من حـين التفـرق، والأول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فأشبهت الأجل ولأن الاشتراط سبب ثبـوت الخيـار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع ولأنا لو جعلنا ابتداؤها من حين التفرق أدى إلـى جهالته؛ لأنا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداؤه ولا وقت انتهائه".

أما بالنسبة للأحناف[٣] والمالكية[٤] ؛ فلم يذكروا هذه المسالة صراحة، ولكن معلوم أنهم لا يجيزون خيار المجلس، ومن ثم فإن العقد يصير باتاً عندهم بمجرد الارتباط بـين الإيجاب والقبول وتوافق الإرادتين[٥] ، وعلى ذلك فإن خيار الشرط إذا اقترن بأي عقد من العقود اللازمة التي تقبله تبدأ مدته في الأصل من حين العقد ؛ لأن هذا الشرط يرد عندهم في صلب العقد وهذا هو الغالب، وإذا ورد في صلب العقد صار جزءاً منه وسرت مدته من حين العقد، ولم نجد من أنكر ذلك عند الأحناف والمالكية.

أما بالنسبة للإمامية فالراجح عندهم[٦] أن مدة الخيار تبدأ من حـين العقـد، أمـا الزيدية فلم أوفق في العثور على رأى صريح لهم في هذه المسألة، ولكن يبدو أنهم مثـل

---

(١) المرجع السابق، ج٩ ص٢٣٦.

(٢) الشرح الكبير ج٤ ص٧٦ .

(٣) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩.

(٤) راجع: التفريع لابن الجلاب ج٢ ص١٧١، وجاء فيه "وعقد البيع بالقول لازم، وخيار المجلس باطـل"، والمعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٥، وجاء فيها "خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم خلافاً للشافعي".

(٥) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص١٠١، وجاء فيها "الأصل في العقد اللزوم من الطـرفين ولا يثبت لاحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك "

(٦) راجع: شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي للمحقق الحلى ج١ ص ١٧٠ ، دار مكتبة الحيـاة، بيـروت، ١٩٧٨، وجاء فيها "خيار الشرط يثبت من حين التفرق، وقيل من حين العقد وهو الأشبه"، وتذكرة الفقهـاء للحلى ج٧ ص٣٣١، وجاء فيها "والأقرب أن المبدأ من حين العقد لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداؤها مـن حين العقد كالأجل، لا من حين التفرق".

الأحناف، والمالكية فهم لا يقولون بخيار المجلس في الرأي الراجح عندهم ، ومـــن ثـــم فالعقد عندهم بات إلا إذا شُرط فيه خيار الشرط، وإذا دخله الخيار سرت مدة الخيار مـــن حين التعاقد(١).

القول الثاني: لبعض الشافعية(٢)، وبعض الحنابلة(٣) ، وبعض الإمامية(٤) ، ويـــرى أصحاب هذا القول أن مدة خيار الشرط تبدأ من حين التفرق عن مجلس العقد؛ لأن ما قبل التفرق الخيار ثابت بالشرع (أي خيار المجلس) فلا يثبت فيه بشرط الخيار، ولذا تبدأ المدة من حين انقطاع خيار المجلس بالتفرق أو بالتخاير؛ لأن الخيار ثابت في المجلس حقاً فلا حاجة إلى إثباته بالشرط ؛ لأن خيار المجلس يغنى عن أي خيار آخر(٥) .

وأجيب عن ذلك بأن ثبوت الخيار من حين العقد صحيح ؛ لأنه معلـــوم الابتـــداء ،والانتهاء، أما ثبوت المدة من حين التفرق فيؤدى إلى الجهالة ، لعدم العلم بلحظة تفـــرق الطرفين عن المجلس(٦) ؛ فقد يطول المجلس ،ولا نعلم متى يفترقان .

(١) يلاحظ أن الرأي الراجح في المذهب الزيدى لا يجيز خيار المجلس ؛ إذ لم يجز هذا الخيار الإمام زيد بن علي، ولا القاسمية الزيدية حيث قالوا إن التفرق بين المتبايعين يكون بالكلام لا بالأبدان ، ومع ذلك يرى بعض الزيدية جواز خيار المجلس وهم بعض الهادوية والإمام الناصر (راجع : الروض النضير للسياغي الحيمي ج٣ ص٢٦١ -٢٦٤ ، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٥ ، والتاج المذهب للعنـــسي ج٢ ص٣٩٠ ، والسيل الجرار للشوكاني ج٣ ص٩١ وما يليها).

(٢) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٦، والحاوي الكبير للما وردي ج٥ ص٦٩، وقيل إن هذا الرأي لابن القطان، وابن القطان هو: عبد الله بن عدى بن عبد الله بن محمد بن المبارك الجرجاني، علامة بالحديث ورجاله، أخذ عن أكثر من ألف شيخ، اشتهر بين علماء الحديث سمع الأ نباري والنساني وغيرهم، ولد في سنة سبع وسبعين ومائتين للهجرة ، ومات في خمس وستين وثلاثمائة للهجرة، من تصانيفه الكامل في معرفة ضعفاء الحديث، والانتصار على مختصر المزني في الفقه ، وعلل الحديث، راجع ترجمته في: وشذرات الذهب لابن العماد ج٣ ص٥١ ، والأعلام للزر كلي ج٤ ص١٠٣، وطبقات الـشافعية الكبـــرى لعبد الوهاب السبكي ج٣ ص٣١٥-٣١٦ ، مطبعة عيسى الحلبي ،القاهرة،١٣٨٤هـ/١٩٦٥م.

(٣) راجع : والمغنى لابن قدامة ج٤ص٧٦

(٤) راجع: شرائع الإسلام في الفقه الإسلامى للمحقق الحلى ج١ ص ١٧٠

(٥) راجع: الحاوي الكبير للما وردي ج٥ ص٦٩ ، و المجموع للنووي ج٩ ص٢٣٦ .

(٦) راجع: المغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٦.

القول الثالث: للإباضية ، ورأيهم يخالف جميع الفقهاء ؛ **لأنهم يرون أن مدة الخيار لا** تبدأ من يوم الانعقاد، وإنما تبدأ من اليوم التالي[١] ، ولم يعطوا تعليلاً محدداً لهذا الرأي.

ومن الجدير بالذكر أن خيار الشرط قد لا يأتي في صلب العقد دائما ؛ إذ قد يأتي بعد العقد ، وفي هذه الحالة فإن مدته تبدأ من وقت الاتفاق عليه لا من وقت العقد ، وهذا ما ذكره الأحناف والمالكية – كما سيرد – ؛ لأنهم يرون جواز إلحاق خيار الشرط بالعقد البات ، ولو بعد أيام[٢] .

ثانياً : لحظة انتهاء مدة الخيار (الغاية).

لا خلاف بين الفقهاء المجيزين لخيار الشرط في أن المدة تنتهي بنهايـــة الأجــل المضروب لها، غير أن الخلاف ورد بينهم حول حكم الغاية في مدة الخيار، بمعنـــى إذا شرط المتعاقدان الخيار إلى الليل أو إلى الغد فهل يدخل الليل أو الغد في مد الخيار أم لا؟ في هذه المسألة تفاوتت أقوال الفقهاء على قولين:

القول الأول: لأبى حنيفة[٣] ورواية لابن حنبل[٤] ، ويرى أنصار هــذا القــول أن الغاية تدخل في مدة خيار الشرط، فإذا شرط أحدهم الخيار مثلاً إلى الليل، دخل الليل في مدة خيار الشرط؛ لأن المقصود من الغاية هو إخراج ما بعدها من حكم ما قبلها، اســتناداً إلى قوله تعالى: (...وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ...)[٥]،أي لا تجمعوا وتضموا أموالهم إلى أموالكم[٦].

---

(١) راجع : كتاب النيل وشفاء العليل ج ٩ ص٢٥٧

(٢) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩ ، والفتاوى الهندية لنظــام وآخــرين ج٣ ص٣٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٥٢، وشرح الخرشي على مختصر خليــل ج٥ ص٤٥٧، وتبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك لعبد العزيز الإحسائى (شــرح محمــد الموريتانى) ج٣ ص٣٨٢ ، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ص٢١٢ .

(٣) راجع: بدائع الصنائع للكاسانى ج٥ ص٢٦٧، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ص٤٠.

(٤) راجع: الإنصاف للمر داوى ج٤ ص٣٧٥، والمغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٥.

(٥) سورة النساء من الآية ٢.

(٦) راجع أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص٣٠٨ .

وقوله تعالى: (...فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ...)[١]، أي أغسلوا وجوهكم وأيديكم مع المرافق[٢] ؛ ولذا فإن حرف إلى يعنى مع عند أصحاب هذا الرأي.

القول الثاني: للجمهور ، وهم الشافعية[٣]، والحنابلة[٤] في ظاهر مذهبهم، والصاحبين[٥]، والزيدية[٦]، والإمامية[٧]، والإباضية[٨]، ويرى هؤلاء أن الغاية لا تدخل في مدة خيار الشرط؛ لأن الغاية جعلت فاصلة بين ما قبلها، وما بعدها، فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها استناداً إلى قوله تعالى (...ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ...)[٩]، أي أتموا الصيام حتى غروب الشمس؛ لأن وقت الإفطار يكون عند غروب الشمس؛ إذ الليل غاية الصيام[١٠]،ولذا فحرف إلى يُشير إلى انتهاء الغاية ؛ فالأصل حمل اللفظ على موضوعه ، وعلى هذا الأساس عند ورود لفظ (إلى) فيفهم منه انتهاء الغاية، كما أن مدة الخيار مدة ملحقة بالعقد، فلا يدخل حدها في محدود ها كالأجل[١١] .

وقالوا إن أهل اللغة مجمعون على أن حرف (من) لابتداء الغاية، وحرف (إلى) لانتهاء الغاية ، فإذا قال أحدهم مثلاً: سافرت من أسيوط إلى القاهرة، دل ذلك على أن

---

(١) سورة المائدة من الآية ٦

(٢) وقد ذكر ابن العربي أن في تأويل هذه الآية ثلاثة أقوال، القول الأول الذي ذكره الأحناف، والقول الثاني يرى أن (إلى) حد والحد إذا كان من جنس المحدود دخل فيه، والقول الثالث يرى أن المرافق حد الساقط لا حد المفروض، وقد رجح ابن العربي هذا القول بقوله: وأما قولهم إن إلى بمعنى مع فلا سبيل إلى وضع حرف موضع حرف إنما يكون كل حرف بمعناه . راجع أحكام القرآن ج٢ ص٥٦٧ .

(٣) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٢٧، ٢٢٨.

(٤) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٥.

(٥) راجع: الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠.

(٦) راجع: البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٩.

(٧) راجع: تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٣٣.

(٨) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٥٨

(٩) سورة البقرة، من الآية ١٨٧.

(١٠) راجع :تفسير الماوردي المسمى النكت والعيون للماوردي البصري ج١ ص١٩٠ ،دار الصفوة للطباعة ، القاهرة ،ط١ ،١٤١٣هـ/١٩٩٣م، والتفسير المنير في العقيدة والشريعة للدكتور/ وهبة الزحيلي ،مرجع سابق، ج٢ ص١٥٩ .

(١١) راجع: المغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٥، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٣٣.

أسيوط ابتداء السفر، والقاهرة غاية السفر، فاقتضى أن تكون الغاية خارجة من الحكم ؛ لأنها حد ، والحد لا يدخل في المحدود ؛ فلو قال أحدهم: علي من درهم إلى عشرة كان مقراً بتسعة ؛ لأن العاشر غاية، ولو قال لزوجته أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، طلقت طلقتين؛ لأنه جعل الثالثة غاية[١].

وعلى هذا الأساس فحرف (إلى) عند أصحاب هذا القول يستعمل بمعنى إلى الغاية فقط ، ولا يحمل على غير ذلك عند الإطلاق، وأما استعماله بمعنى (مع) كما قال أبو حنيفة بذلك، فمردود عليه ؛ حيث قال النووي[٢] ـ في هذا الشأن ـ : " وأما استعمالها بمعنى (مع) في بعض المواطن ففيه جوابان:

- أحدهما أنها مؤولة، ففي الآية المذكورة[٣]، تقديره مضاف إلى أموالكم.
- الثاني أنها استعملت بمعنى (مع) مجازاً فلا يصير إلى المجاز في غيرها بغير قرينة؛ ولأنهم وافقونا على أنه لو باع بثمن مؤجل إلى رمضان لا يدخل رمضان في الأجل".

وبناءً على ما تقدم تبين الآتي:

أولاً : فيما يخص ابتداء مدة خيار الشرط:

تبين من آراء الفقهاء رجحان القول الذي يرى أنصاره أن المدة تبدأ من حين العقد، هذا إذا كان الخيار مقترناً بالعقد، (أي ورد في صلبه) ؛ إذ لابد أن تبدأ المدة من حين العقد ؛ لأن هذه المدة لو بدأت من حين التفرق لأدى ذلك إلى جهالة لا نعلم قدرها فقد يستمر المجلس طويلاً وتصير المدة معه مجهولة ؛ ولأنها مدة مُلحقة بالعقد كما قال أصحاب هذا الرأي، والواجب أن تبدأ بعد إبرامه حتى لا تحدث المشاحنة والمنازعة بين الناس، وحتى يكون صاحب الخيار على بينة من أمره، ويحسب حسابه لكي لا تفوته المدة دون أن يتدبر أمره.

---

(١) راجع: الحاوي الكبير للماوردي ج٥ ص٦٩.

(٢) كتاب المجموع شرح المهذب ج٩ ص٢٢٨.

(٣) يقصد بذلك الآية الكريمة التي استدل بها أبو حنيفة وهي قوله تعالى (وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَالِكُمْ) سورة النساء من الآية ٢.

ثانياً : فيما يخص انتهاء المدة:

تبين أن رأى الجمهور في هذه المسألة هو الصواب للأدلة القوية التي ذكروها؛ ولأنه ينبغي عدم دخول الغاية في مدة الخيار حتى تكون المدة منضبطة ومعلومة غير محتملة للزيادة، فلو اشترط الطرفان الخيار إلى الليل ؛ فالليل هو غاية الخيار، وينبغي ألا يدخل في مدة الخيار، والله أعلى وأعلم .

المطلب السادس

تحديد محل الخيار ومستحقه

يعد تحديد محل الخيار، ومستحقه من الشروط اللازمة لقيام خيار الشرط ؛ إذ ينبغي أن يتم تحديد محل الخيار تحديدًا نافيًا للجهالة، ومحل الخيار هو الشيء الذي يقع عليه الخيار، فقد يكون من العقارات أو من المنقولات، وقد يكون شيئًا واحدًا بعينه كالسيارة أو الفرس أو نحو ذلك، أو أشياء متعددة كسيارتين أو فرسين معًا أو غير ذلك ، فقد يكون الخيار في كل المبيع ؛ كأن يبيع أحدهم ثوبين على أن يكون خيار الشرط للمشتري فيهما معًا، وقد يكون الخيار في بعض المبيع فقط[١] ، وفي هذه الحالة لابد من تحديد محل الخيار تحديدًا دقيقًا[٢]؛ فلو قال البائع للمشتري بعتك هذين الثوبين على أنك بالخيار في أحدهما ؛فالبيع فاسد للغرر بسبب جهالة اللازم منهما، وجهالة ما فيه الخيار[٣]، وجهالة ثمن كل واحد منهما.

وكذلك لو اشترى ثوبين بمبلغ من المال على أن أحدهما لازم للمشتري، وهو في الآخر بالخيار فالبيع هنا فاسد أيضًا ؛ لأن الذي لزمه العقد منهما مجهول ، وإلزام العقد في المجهول لا يجوز، والحال كذلك إذا سمي لكل واحد منهما ثمنًا معيناً ، ولم يبين الذي لزم العقد فيه منهما، أما إذا بين ثمناً محدداً لكل واحد منهما، وبين كذلك الذي فيه الخيار فالبيع صحيح[٤].

---

(١) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٧ ،، وجاء فيه " ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ، ومبيع لا خيار فيه وذلك جائز " وكتاب المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٣٠ ، وحاشيتا قليوبي وعميرة ج٢ ص١٩. المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ٦٧، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٢، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٤٧ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص ٣٣٨ ، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص ٤٠٤ .

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٢

(٣) راجع: المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٣٠ .

(٤) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ٦٧ ، ٦٨.

وقد أورد بعض الأحناف[١]، مثالاً بارزًا بينوا فيه شروط الخيار في بعض المبيع، حيث ذكروا أن الشخص إذا اشترى ثوبين أو غير ذلك، على أنه بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام فالمسألة على أربعة وجوه في ثلاثة وجوه يفسد البيع، أما الوجه الرابع فالبيع صحيح، وهذه الوجوه هي:

(١) **الوجه الأول:** إذا لم يعين الذي فيه الخيار، ولم يبين حصة كل واحد منهما على حدة.

(٢) **الوجه الثاني:** إذا عيَّن الذي فيه الخيار ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن.

(٣) **الوجه الثالث:** إذا بيَّن حصتهما من الثمن، ولم يعين الذي في الخيار.

(٤) **الوجه الرابع:** إذا عين الذي فيه الخيار، وبيَّن حصة كل واحد منهما من الثمن ؛ فالبيع جائز ، ويكون في أحدهما باتًا، وفي الآخر الخيار ، وهذا هو الوجه الصحيح.

وعلى هذا الأساس يجوز اشتراط الخيار في كل المبيع، أو بعضه سواء أكان هذا المبيع من القيميات أم من المثليات ؛ فالقيميات يجوز للشخص أن يشترط الخيار في بعضها؛ كأن يبيع أحدهم فرسه بألف ، ويجعل لنفسه الخيار في نصفه ، ويلزم البيع في النصف الآخر .

كذلك يجوز الخيار في بعض الأموال المثلية ؛ كأن يبيع شخص خمسين كيلة من الأرز، ويشترط لنفسه الخيار في نصفها، فإذا قبل المشتري ذلك صار البائع مخيرًا في نصف المبيع أي في خمس وعشرين كيلة، وليس من الضروري أن يكون الخيار في نصف المبيع فيجوز في ثلثه أو ربعه[٢] .

وخلاصة القول في هذا الشأن أنه يجوز شرط الخيار في المبيع كله ، أو في بعضه إن تعدد شريطة أن يتم تحديد الذي فيه الخيار مع تفصيل ثمنه[٣] ، هذا بالنسبة لتحديد محل الخيار.

---

(١) راجع: الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٢، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٤٧ .

(٢) راجع : مرآة المجلة ليوسف آصف ص١٣٩، المطبعة العمومية، القاهرة، ١٨٩٤م .

(٣) راجع :حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٢ .

أما مستحق الخيار فهو الشخص الذي تقرر الخيار لمصلحته، وهو يسمى صاحب الخيار، وهذا ينبغي أن يتم تحديده تحديدًا دقيقًا سواء أكان هذا الشخص هو الذي اشترط الخيار لنفسه أم خوله العاقد الآخر، وسواء أكان طرفًا أصيلاً في العقد أم كان أجنبيًا عنه؛ فلو قال البائع لشخصين بعتكما هذه السلعة على أن أحدكما بالخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه ؛ فالبيع هنا غير صحيح لجهالة من يلزمه المبيع منهما[١] ؛ لأن هذا يؤدي إلى التنازع ؛ ولذا لابد من تعيين من له الخيار تعيينًا دقيقًا بصفته أهو البائع أم المشتري، وتعيينه بالذات إن كان أجنبيًا، وعدم الاكتفاء بذكر صفته كقوله إن الخيار لأحد الخبراء، أو الصناع، أو نحو ذلك دون تحديده بالعين[٢].

ومما سلف يظهر أنه لابد لصحة خيار الشرط من تحديد محله تحديدا دقيقا ، علاوة على تحديد الشخص صاحب الخيار بصورة دقيقة حتى لا يؤدي ذلك إلى الغرر المفضي إلى النزاع، والمشاحنة .

---

(١) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٣ ص٤٩٩، وحاشية قليوبي وعميرة ج٢ ص١٩٢، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٤

(٢) راجع : تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٣٧، وجاء فيها: "يشترط تعيين محل الخيار المشترط وتعيين مستحقه، فلو باعه عبدين وشرط الخيار في أحدهما لم يصح الشرط، ولا العقد لأنه خيار مجهول المحل وغرر".

المطلب السابع

أن لا يشترط المقرض الخيار حيلة للانتفاع بالقرض

خيار الشرط في الأساس جاء ليلبي حاجات الناس ويمنحهم فرصة التروي والتفكر بهدف الاختيار الأسلم للمبيع، غير أن حيلة الانتفاع بالقرض قد تكون ملتبسة بهذا الخيار في بعض الأحيان، ولاسيما من بعض الجشعين والطامعين، فقد يحتاج شخص إلى النقود، ثم يلجأ إلى آخر لاقتراضها منه، فلا يعطيه الأخير النقود (القرض) بل يشتري منه سلعة معينة أو عقاراً أو غير ذلك، ثم يبذل له الثمن، فيشترط المقرض الخيار لنفسه مدة محددة، بهدف الاحتيال للانتفاع بالمبيع الذي اشتراه بالخيار حيث يجني ربحًا منه ، ولاسيما إذا كان عقارًا يدر أرباحًا ؛ كتأجيره أو نحو ذلك، حتى إذا شارفت مدة الخيار على الانتهاء استخدم حق الخيار وفسخ العقد ، واسترد الثمن من المقترض فيكون هنا قد استفاد من المبيع؛ وفي الوقت ذاته استرد نقوده دون نقصان ؛ ولذا فإن هذا العمل بمثابة قرض يجر منفعة.

ولذلك فإن هناك من الفقهاء من التفت إلى هذا الأمر، وصرح بأنه لا يجوز العمل بمثل هذا إذا كان الهدف من خيار الشرط هو الاحتيال للانتفاع بالقرض، ومن الذين ذكروا هذا الأمر صراحة هم الحنابلة، ولا يعني ذلك أن بقية المذاهب الإسلامية إذا لم تتعرض لهذه المسألة صراحة أنها تجيز القرض الذي يجر منفعة ؛ لأن فقهاء المذاهب الإسلامية عمومًا حريصون على منع كل تصرف ملتوٍ يحتال به صاحبه للانتفاع بصورة غير مشروعة ؛ لأن القروض التي تجر منفعة هي ربا في نظرهم ؛

ولذلك فقد صرح الحنابلة بأنه لا يجوز شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ ثمرة المبيع، ونفقته في المدة التي ينتفع فيها المقترض بالثمن، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن، كما لا يجوز لآخذ الثمن الانتفاع به أو التصرف فيه خلال مدة الخيار[١].

---

(١) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٤، وجاء فيه : "لو شرط خيار الشرط حيلة ليربح فيما أقرضه لم يجز".

ومع ذلك ذكروا أن الإمام أحمد أجاز شرط الخيار إذا لم يكن بهدف الحيلة، أو كان الهدف منه الرفق بالمقترض، أو خوف المقرض على ضياع ماله فاشترى شيئًا من المقترض وجعل الخيار لنفسه، ولم يرد الحيلة لكن خياره ينقطع إذا مات ولا ينتقل إلى ورثته .

قال ابن قدامة[١] – في هذا الشأن– : " قال الأثرم[٢] سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار، قال: هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة، فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس".

وقيل إن إجازة أحمد الخيار للمقترض يجب أن يحمل على أمرين الأول منهما: أن يكون المبيع مما لا ينتفع به إلا بإتلافه فعندها يجوز للمقرض أن يشترط الخيار لنفسه، والأمر الثاني: أنه لا يجوز للمقرض الانتفاع بالمبيع في مدة الخيار لكي لا يفضي ذلك إلى قرض يجر منفعة[٣].

وعلى ذلك فلا حرج على الشخص أن يشترط الخيار إذا لم يكن يهدف إلى حيلة الربا، ويبدو أنه من المستحسن عدم حصر هذا الأمر على الأشياء التي تتلف بالاستعمال، وإنما يجوز كذلك في المنقولات والعقارات.

---

(١) راجع: المغني ج٤ ص٧٨ ، ٧٩ .

(٢) هو أحمد بن محمد بن هاني الطائي، أو الكلبي، الإسكافي، أبو بكر صاحب الإمام أحمد بن حنبل، كان إمامًا حافظًا، وكان فيه تيقظ عجيب، نقل عن أحمد مسائل كثيرة وصنفها ورتبها أبوابًا، كان كذلك من أهل الاهتمام بالحديث، مات في سنة إحدى وستين ومائتين للهجرة، ولا يعلم مولده. راجع : الأعلام للزركلي ج١ ص٢٠٥، وشذرات الذهب لابن العماد ج٢ ص١٤٢ .

(٣) هذا هو تعليل ابن قدامة لهذه المسألة.(راجع: المغني ج٤ ص٧٩)

المطلب الثامن
شروط خيار الشرط في القانون المدني اليمني

تقدم معرفة الشروط اللازمة لقيام خيار الشرط عند فقهاء المسلمين، وبقي في هذا المطلب معرفة موقف القانون المدني اليمني من هذه الشروط، وفيما يلي سيتم عرض الشروط القانونية التي أوردها المشرع اليمني، مع بيان المسلك الفقهي الذي سلكه.

أولاً :كون المبيع مما لا يشترط قبضه في المجلس:

هذا الشرط قال به غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، وقد أخذ المشرع اليمني برأيهم، حيث لم يسمح بدخول خيار الشرط في العقود التي يكون فيها التقابض في المجلس، وهذا ما جاء صريحًا في المادة (٢٣١) التي نصت في شطرها الأخير على أنه: "... لا يصح خيار شرط التروي بالفسخ في النكاح والإقرار ويبطل به الصرف والسلم"[١].

وهذه الفقرة تبين أن خيار الشرط يبطل به السَّلم، والصرف ؛ إذ يشترط فيهما التقابض في المجلس[٢] ، كما أن هذا الخيار لا يجوز أن يدخل في عقد النكاح ،والإقرار؛ إذ يبطل الخيار إذا دخلهما ؛فلو اتفق الطرفان على تضمين عقد النكاح خيار الشرط ؛فعقد النكاح صحيح ، ولكن الخيار يبطل تلقائيا بموجب المادة (٢٣١) ؛لأن دخول الخيار في عقد النكاح يتنافى مع قدسية هذا العقد ، وهذا ما ذكره الفقهاء المجيزون لخيار الشرط ، والواضح أن موقف المشرع اليمني لا يختلف عنهم في هذه المسالة .

---

(١) وقد ورد هذا الحكم في المادة (٢٣٤) من القانون المدني اليمني الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م ، التي نصت في شطرها الأخير على أنه "... لا يصح خيار شرط التروي بالفسخ في النكاح والإقرار والوكالة والهبة والوصية ويبطل به الصرف والسلم "

(٢) السَّلم والسلف بمعنى واحد ، وقد عرفت المادة ٥٨٦ من القانون المدني اليمني عقد السلم بأنه "بيع شيء موصوف في الذمة مؤجل لأجل معلوم يوجد فيه جنس المبيع عند حلوله غالبًا بثمن معجل"؛ وهذا التعريف يتفق مع التعاريف الفقهية للسلم.

أما الصرف فقد جاء تعريفه في المادة (٥٩٤)، والتي نصت على أنه: " بيع النقود بعضها ببعض، وأصله بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو بيع أحدهما بالآخر سواء كانا مضروبين أم لا".

<u>ثانياً : أن يكون للخيار مدة معلومة:</u>

اشترط المشرع اليمني أن تكون لخيار الشرط مدة معلومة، حيث نصت المادة (٢٣٢) على أنه: "يلزم أن يكون لخيار شرط التروي مدة معينة فإن اختلفا ولا بينة اعتبر الأقل، وإن سكتا عن ذكر مدة الخيار كانت مدته عشرة أيام ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له"[1].

<u>ومن نص هذه المادة تتضح الأمور الآتية:</u>

(١) – يلاحظ أن المشرع اليمني قد اشترط أن تكون لخيار الشرط مدة معلومة ، ولكنه مع ذلك لم يحدد مقدارها بل ترك أمر تحديدها للعاقدين ؛ إذ يجوز لهما الاتفاق على تحديد مدة معلومة منضبطة، وهو في ذلك لا يجيز المدة المؤبدة، ولا الخيار المجهول، وبذلك فقد أخذ برأي غالبية الفقهاء المانعين للخيار المؤبد ،أو المجهول ؛فلو اتفق الطرفان على أن الخيار يثبت لأحدهما(للمشتري) حتى نزول المطر ؛فالخيار هنا باطل بسبب جهالة مدته ، وعلى ذلك فلا يصح خيار الشرط في القانون المدني اليمني إذا لم يتم تحديد مدته تحديدا نافيا للجهالة .

(٢) – لم يحدد المشرع اليمني الحد الأعلى لمدة الخيار ، بل ترك ذلك للطرفين على حسب ما تقتضيه مصلحتهما، وهو بذلك قد أخذ برأي الصاحبين من الحنفية ، وجمهور الحنابلة، ومن سلك مسلكهم، وهذا هو الرأي الذي ظهر رجحانه كما تقدم ، وعلى ذلك فإن مُدة خيار الشرط في القانون اليمني قد تكون ثلاثة أيام ، أو عشرة أو أزيد من ذلك ، أو أقل بحسب اتفاق الطرفين.

(٣) – حسم المشرع اليمني مسألة الخلاف بين المتعاقدين حول مقدار المدة ، حيث قرر أن المتعاقدين إذا اختلفا حول مقدار المدة، ولا بينة لأحد هما يعتد بالمدة الأقل ؛ لأنها محل وفاق من الطرفين ؛ فلو ادعى البائع أن مدة الخيار كانت بينهما خمسة عشر

---

(١) وقد نصت المادة (٢٣٥) من القانون المدني الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م على أنه : "يلزم أن يكون لخيار شرط التروي مدة معينة ، فإن اختلفا اعتبر الأقل وإن سكتا عن ذكر مدة الخيار كانت مدته ثلاثة أيام ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له" . ويلاحظ أن المشرع في القانون القديم قد جعل مدة الخيار عند السكوت ثلاثة أيام فقط ، آخذاً في ذلك بقول أبي حنيفة، و الشافعي .

يومًا، في حين أن المشتري ادعى أنها عشرة أيام لا غير؛ فهنا يعتد بالمدة الأقـــل[١]، وهي فـــي هذا المثال عشرة أيام ؛ لأنها قد ذكرت من الطرفين ؛ أي وردت في كلام البائع والمشتري ، وفي هذه المسألة يتضح أن المشرع اليمني قد أخذ برأى الفقهـــاء المسلمين ، حيث إنهم يرون أن المتعاقدين إذا اختلفا في مقدار المدة فالقول قول المقر بأقصر الوقتين[٢] ، وبذلك فقد أحسن المشرع صنعاً في هذه المسألة .

(٤) – يتضح من نص المادة سالفة الذكر أن المتعاقدين إذا اشترطا خيار الشرط ، وسكتا عن تحديد مدته ؛ فإنها عشرة أيام ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له، وفي هذه المسألة يبدو أن المشرع اليمني قد أخذ برأي الإمام مالك الذي يرى أن المتعاقـــدين إذا اتفقـــا على خيار الشرط ، وسكتا عن تحديد المدة تولى الحاكم تحديد مـــدة معينـــة للـــسلعة بحسب مثيلاتها.

وهذا الرأي هو الذي ظهر رجحانه سلفًا، غير أنه يلاحظ أن المشرع اليمني لـــم يأخذ بهذا الرأي على إطلاقه، بل حدد أن مدة الخيار في حالة سكوت المتعاقـــدين هـــي عشرة أيام، وهذه مدة قانونية ينقطع الخيار بعدها ، ويصير العقد لازمًا في حق الطرفين، وفي هذه الخصلة بالذات خالف المشرع اليمني رأي مالك ، ولم يأخذ به، بل جاء بحكـــم من اجتهاده دون أن يكون له مسوغ شرعي ، وكان الأولى به أن يترك أمر تحديد المـــدة إلى العرف ؛ فعند النزاع يستطيع القاضي تحديد المدة بموجب العرف الساري ، وبنـــاء على الملابسات التي سادت عملية البيع، والشراء .

ومعروف أن للعرف حاكمية كبيرة في هذه المسألة، فالواقع قد يشهد أن العـــشرة الأيام التي حددها المشرع اليمني لا تكفي بعض الأشخاص للتروي، واختيار المبيع، وقد تكون كافية لبعضهم ؛ ولذا فإن المدة التي حددها المشرع لا تصلح للاعتماد عليهـــا فـــي خيار الشرط ، والصواب ترك المدة للقاضي ليحددها بموجب العرف السائد في هذا البلد أو ذاك ، وهذا هو قول مالك .

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول ص٩٣.

(٢) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٩-٦٠

<u>ثالثاً : اتصال مدة الخيار بالعقد وموالاتها :</u>

لم يتعرض المشرع اليمني لمسألة اتصال مدة خيار الشرط بالعقد ،وموالاتهــا أي تتابعها كما قال بذلك جمهور الفقهاء، ولكن مع ذلك يبدو أن المشرع اليمني قد ذكر هــذا الشرط ضمناً في ثنايا المادة (٢٣٢) ؛ ففيها ذكر ــ كما تقدم ــ أنه لابد أن يكون لخيــار الشرط مدة معلومة.

وفي حالة سكوت المتعاقدين تكون المدة عشرة أيام ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له، فهنا نلمح إشارة إلى أن المدة يجب أن تكون متوالية متتابعة، ومتى فاتت انقطع الخيار بعدها، وصار العقد لازماً، كما يمكن أن نستخلص من المادة المذكورة أن المدة لابــد أن تكون متصلة بالعقد، أي تلي العقد مباشرة ، ولا يجب أن تسبقه .

وعلى ذلك ينبغي أن تكون مدة الخيار متصلة بالعقد ، أي تليه مباشرة ،علــى أن تكون متتابعة لا يتخللها فاصل زمني ؛ فلو اتفق الطرفان على ثبوت الخيار فــي يــوم ، وعدم ثبوته في اليوم الآخر فالخيار باطل ؛ لأن ذلك سيؤدي إلى المنازعة بين الأطراف .

<u>رابعاً : ذكر الخيار في صلب العقد أو بعده:</u>

أجاز المشرع اليمني للعاقدين أن يتفقا على جعل خيار الشرط في صــلب العقــد، حيث ورد ذلك في الشطر الأول من المادة (٢٣١) التي نصت علــى أنــه : "يجــوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ...". فهذه إشارة صريحة إلى أن شرط الخيار يكــون في صلب العقد اللازم الذي يقبل الفسخ ؛ فلو قال المشتري للبائع مثلا اشتريت منك هــذه السيارة على أن لي الخيار فيها مدة أقصاها عشرة أيام ؛ فالخيار هنا قد جاء في صــلب العقد كبند من بنوده .

وبذلك يتضح أن المشرع اليمني قد أخذ برأي فقهاء الإسلام، حيث اتفقوا ــ كمــا تقدم ــ على جواز جعل الخيار في صلب العقد، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع اليمني لــم يتعرض إلى مسألة وقوع الخيار بعد لزوم العقد كما قال بذلك الأحنــاف، أو فــي زمــن الخيارين (المجلس والشرط)، كما قال بذلك الحنابلة ، ولكن يبدو أنه أجاز إلحــاق خيــار الشرط في مجلس العقد فقط، فعلى هذا يكون من حق المتعاقدين أن يلحقا هذا الخيار فــي

مجلس العقد، مادام لم يتفرقا ببدنيهما، والسبب في ذلك أن المشرع اليمني قد أجاز خيار المجلس[١] .

وبناء على ما سلف فإن خيار الشرط يجوز أن يقع في صلب العقد، ويصير كجزء منه كما هو الحال في المثال السابق، أو لاحقًا عليه في زمن خيار المجلس فقط، وبذلك فإن موقف المشرع اليمني يتفق مع رأي الشافعية ، وبعض الزيدية، ويخالف الأحناف والحنابلة ومن حذا حذوهم، وكان الصواب ــ كما يبدو ــ أن يأخذ برأي الأحناف والحنابلة في هذه المسألة ؛ لأن هذا الرأي هو الذي ظهر رجحانه سلفًا.

ويلاحظ أخيراً أن القانون المدني اليمني لم يذكر مسألة تجديد مدة خيار الشرط ، وهذه المسألة من المسائل المهمة التي أشار إليها الحنابلة، والزيدية، وقد تم ترجيح رأيهم في موضعه، ومع ذلك يبدو أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجديد مدة الخيار طالما أن المشرع اليمني قد ترك مسألة تحديد مدة الخيار لهما ؛ فلهما أن يجددا هذه المدة برضائهما ، وذلك في خلال مدة خيار الشرط الأصلية كما قال بذلك الحنابلة صراحة ؛ وهذا الأمر ليس من النظام العام ؛ إذ يجوز للطرفين أن يتفقا على تجديد مدة الخيار ، ولا تثريب عليهما في ذلك.

<u>خامساً: تحديد بداية المدة ،ونهايتها:</u>

تجادل الفقهاء المجيزون لخيار الشرط حول بداية مدة الخيار، فمنهم من رأى أنها تبدأ من حين العقد، ومنهم من قال إنها تبدأ من حين التفرق بعد خيار المجلس، وقد ظهر رجحان الرأي القائل بجواز أن تبدأ المدة من حين العقد.

والواضح من نصوص القانون المدني اليمني أن المشرع اليمني لم يتعرض لهذه المسألة تفصيلاً كما فعل الفقهاء، بل أورد خطوطاً عريضة يمكن أن نستخلص منها هذا

---

(١) نظم المشرع اليمني خيار المجلس في المواد من ٢٢٨-٢٣٠ من القانون المدني النافذ ؛ حيث بين مفهوم هذا الخيار، وذكر أحكامه ، وبذلك يتضح أن المشرع قد أخذ برأي الشافعية ،ومن سلك مسلكهم، وهم قد قالوا بجواز هذا الخيار ، ولم يأخذ برأي المانعين له ، وهم الأحناف، وجمهور المالكية، ومن سار في دربهم ، وموضوع خيار المجلس يقع خارج نطاق البحث ، ولا يتسع المجال لذكر النصوص القانونية التي نظمته .

الشرط ؛إذ يلاحظ أن المادة (٢٣١) قد نصت في شطرها الأول علـــى أنـــه: "يجـــوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ..." .

وهذا النص يوحي بأن بداية المدة تكون من حين العقد طالما أن شرط الخيار قـــد وضع في صلب العقد، وتنقضي بنهاية الأجل المضروب لها، وهذا الأجل متروك للعاقدين فلهما أن يتفقا على تحديد اللحظة التي تنتهي فيها مدة الخيار، لكون المشرع اليمنـــي قـــد ترك لهما تحديد مدة الخياربرضاهما بموجب المادة ٢٣٢ سالفة الذكر، وبذلك فإن موقف المشرع اليمني في هذه المسألة لا يختلف كثيرًا عن موقف الجمهور على الرغم مـــن أن المشرع اليمني لم يذكر صراحة اللحظة التي تبدأ فيها مدة خيار الشرط .

<u>سادساً : تحديد محل الخيار ، ومستحقه:</u>

وهذا الشرط من الشروط العامة التي ينبغي مراعاتها في خيار الشرط ؛ فالفقهاء قد أكدوا على أنه من الضروري أن يتم تحديد محل الخيار تحديدًا نافيًا للجهالة، وكذا تحديـــد الشخص مستحق الخيار تحديدًا دقيقًا بصفته أو بعينه، سواء أكان عاقدًا أصليًا أم أجنبيًـــا عن العقد، والمشرع اليمني لم يذكر هذه المسألة صراحة ، وإن جاء بخطوط عريضة بين فيها أن الخيار يكون لأحد العاقدين أو لهما معًا أو للأجنبي ، وذكر أن هذا الخيار يـــدخل في العقود اللازمة التي تقبل الفسخ، كل ذلك تضمنته المادة (٢٣١) وقد سبق ذكر نصها في غير مرة .

ويبدو أن تفصيل هذا الأمر قد تركه المشرع اليمني للقواعد العامة التـــي بينـــت شروط طرفي العقد ، ومحله ، وذلك من خلال الأحكام التي ذكرت الـــشروط اللازمـــة لطرفي العقد ، حيث اشترط المشرع في العاقدين الأهلية اللازمة لمباشرة الحقوق المترتبة على العقد، والصفة ، أو الولاية إذا باشر الشخص العقد عن غيره ، كما اشترط أن يكون الشخص مختارا غير مكره ، وغير هازل إلا ما استثني شرعا[١] ، أما محل العقد فيجب أن يكون قابلا لأحكام العقد شرعا، ومحقق الوجود ، ومعلوم للمتعاقدين ، ومقدور علـــى تسليمه، أو القيام به[٢] .

---

(١) راجع : المادة ١٦٢-١٦٣ من القانون المدني اليمني النافذ رقم ١٤ لسنة٢٠٠٢م .

(٢) راجع : المادة ١٨٥ و٤٧١ من القانون المدني .

ومع ذلك فإن القواعد العامة كما هو واضح قاصرة عن معالجة هذا الشرط ؛ ولذلك لا ينبغي على المشرع الاعتماد على القواعد العامة في حد ذاتها ، بل من الضروري أن ينظم هذا الأمر بوضوح ؛ إذ يجب عليه أن يذكر هذا الشرط في الأحكام المتعلقة بخيار الشرط حيث ينص على أنه من الضروري أن يتم تحديد صاحب الخيار تحديدا نافيا للجهالة المفضية للنزاع ، ويجيز للطرفين الاتفاق على شرط الخيار في المبيع كله أو في بعضه إن تعدد مع تفصيل ثمنه .

سابعًا : أن لا يشترط المقرض الخيار حيلة للانتفاع بالقرض :

لم يتعرض المشرع اليمني لهذه المسألة صراحة، ولم يذكرها في الأحكام المتعلقة بخيار الشرط، ومع ذلك فإن القانون اليمني لا يجيز الربا[1] بل حرمه بنص المادة (٥٦١) التي ذكرت أنواع الربويات ؛ كربا الفضل ، وربا النسأ ، وبينت الفقرة الرابعة منها المقصود بربا القرض ؛ حيث نصت على أن: "... ربا القرض هو ما شرط فيه جر نفع للمقرض" .

وإذا طبقنا هذا النص على الشرط أعلاه ظهر بجلاء أن كل قرض جر منفعة باطل بنص الفقرة (٤) من المادة المذكورة، هذا إذا تبين أن المقرض كان يهدف إلى الحصول على منافع المبيع ؛ كأن يقوم المشتري (صاحب الخيار) بنقد الثمن للبائع ، ويأخذ المبيع ،ويستفيد من ثمراته ، ثم يقوم برده إلى البائع بعد أن استفاد منه، فهنا يجني المشتري

---

(١) خصص المشرع اليمني فصلاً خاصًا لأحكام الربا سماه "الربويات" ، و في هذا الفصل عالج المشرع أحكام الربا حيث حدد مفهوم الربا في المادة (٥٦٠) ؛ إذ نصت على أن " الربا زيادة ولو حكما خالية من العوض مشروطة لأحد المتعاقدين في معاوضة مال بمال متحدي الجنس والتقدير " وبينت المادة (٥٦١) أقسام الربا ، وهي ربا الفضل ، وربا اليد وهو البيع مع تأخير قبض العوضين أو أحدهما عن مجلس العقد مطلقا في متحدي الجنس والتقدير سواء كانت زيادة أو غير زيادة ، وربا النسأ وهو البيع بزيادة لأجل ولو كان قصيرا ، والأخير ربا الفضل وهو ما تم ذكره في المتن ، وذكرت المادة(٥٦٥) أنه لا ربا مطلقا في الأحوال الآتية :- إذا اختلف المبيع والثمن في الجنس والمقدار-إذا اختلف المبيع والثمن في الجنس فقط -إذا بيع الموزون غير الذهب والفضة بالنقد . وقد بين المشرع بقية أحكام الربا في المواد من(٥٦٢ – ٥٦٩) ، و لم يكتف المشرع اليمني بما أورده في هذه المواد ، بل ذكر ربا القرض في قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم١٢ لسنة ١٩٩٤م؛ حيث نصت المادة(٣١٤) من هذا القانون على أن: " كل قرض جر منفعة فهو ربا ..." وذكرت المادة (٣١٥) من قانون العقوبات عقوبة الربا إذ نصت على أن:" يعاقب المقرض بالربا بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة"

اربحا دون وجه حق ؛كأنه بهذا العمل قد اقرض البائع قرضا جر نفعا، وهذا لا يجوز وفقا لأحكام المادة (٥٦١) سالفة الذكر.

ومع ذلك فإن الحيلة الربوية في البيع بخيار الشرط من الأمور النفسية التي يصعب استكشافها، وفاعلها يأثم عند رب العالمين، ولكن إذا ظهرت على سطح الواقع كان هذا القرض باطلاً؛ لأنه جر منفعة،وبذلك يبطل خيار الشرط إذا جاء على هذه الصورة ، والله أعلم.

ثامناً : موازنة بين موقف القانون المدني اليمني ، وموقف الفقهاء المسلمين:

من خلال عرض موقف القانون المدني اليمني من شروط خيار الشرط ، يتضح أن موقف المشرع اليمني لا يختلف عموماً عن آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط ؛ فهو قد أخذ بأقوال الفقهاء بصفة عامة ، ولم يأت بنصوص مقتبسة من القوانين الوضعية ، ومع ذلك فقد سكت عن تنظيم بعض شروط خيار الشرط ، ولم يبين حكمها ، وأخذ أحيانا ببعض الآراء التي لم يتبين رجحانها ، وقد تم التنبيه على ذلك في موضعه ، وعلى العموم فقد أحسن المشرع صنعا حين اقتفى أثر الفقهاء في هذه المسالة ، وأمل من المشرع أن يسد النقص ، ويعالج شروط خيار الشرط كلها بصورة تفصيلية ، حتى تكتمل صورة هذا الخيار ، ويظهر في ثوبه الفقهي الجميل.

المبحث الثاني
آثار خيار الشـــرط

عند اقتران خيار الشرط بالعقد اللازم، ينجم عن هذا الشرط آثاراً محددة، تظهـــر في صفة العقد، وانتقال الملك، وضمان المبيع أو زيادته، وغير ذلك مـــن الآثـــار، وقـــد خصص هذا المبحث لدراسة هذه الآثار عند الفقهاء المسلمين، وفي القانون المدني اليمني، وتفصيل ذلك يأتي في خمسة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول : أثر خيار الشرط في صفة العقد، وانتقال الملك
المطلب الثاني: أثر خيار الشرط في زوائـــد المبيع
المطلب الثالث: أثر خيار الشرط في تبعة هلاك المبيع
المطلب الرابع: أثر خيار الشرط في تسليم البدلين
المطلب الخامس:آثار خيار الشرط في القانون المدني اليمني .



المطلب الأول

أثر خيار الشرط في صفة العقد، وانتقال الملك

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول يدرس أثر خيار الشرط في صفة العقد، والفرع الثاني يبين أثر هذا الخيار في انتقال الملك .

الفرع الأول

أثر خيار الشرط في صفة العقد

معلوم أن الأصل في العقد اللزوم ، بمعنى أن العقد إذا انعقد مستوفيًا لأركانه وشرائطه ترتب عليه حكمه الشرعي ـ أي آثاره ـ إذ ينتقل المبيع للمشتري والثمن إلى البائع؛ لأن القصد منه نقل الملك[١]، غير أن خيار الشرط إذا دخل على العقد اللازم الذي يحتمل الفسخ ؛ كعقد البيع مثلاً يفقد هذا العقد اللزوم خلال مدة خيار الشرط ؛ لأن هذا الخيار يمنع ثبوت حكم العقد[٢]، وأحكام العقد هي آثاره .

وعلى هذا الأساس فصفة العقد الذي يقترن به خيار الشرط أنه غير لازم ، قال السرخسي[٣] : "العقد بشرط الخيار يصير غير لازم في حق من له الخيار" ، وقال الكاساني[٤] ـ في هذا الصدد ـ : "إن صفة العقد مع خيار الشرط أنه بيع غير لازم ؛ لأن الخيار يمنع لزوم الصفقة".

فإذا كان الخيار لأحد المتعاقدين فالعقد غير لازم بالنسبة له ؛ ولذا فمن حقه أن يمضي العقد أو يفسخه خلال المدة المحددة لخيار الشرط، أما إذا كان الخيار للعاقدين معًا؛

---

(١) راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٧ ص١٠١.

(٢) راجع: شرح فتح القدير لابن المهام ج٥ ص ٤٩٩، والمبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤١، ٤٥، وجاء فيه: " يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط"، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٣، وجاء فيه: " الخيار داخلا على الحكم مانعًا له تقليلاً لعمله بقدر الإمكان".

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ٤١ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٨٠.

فالعقد غير لازم لهما معًا ؛ فلا يزول المبيع عن ملك البائع ، ولا يزول كذلك الثمن عن ملك المشتري؛ لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين[١]، وهو الخيار .

ومسألة عدم لزوم العقد المقترن به خيار الشرط في حق من له الخيار من المسائل التي لا خلاف حولها بين الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، ولكن الخلاف كما سنرى بعد قليل حول مسألة انتقال الملك في زمن الخيار.

الفرع الثاني
أثر خيار الشـــرط في انتقال الملك

من المعلوم أن عقد البيع البات هو من العقود الناقلة للملكية ؛ إذ يترتب على العقد إذا انعقد صحيحًا مجموعة من الآثار أهمها نقل الملك حيث ينتقل المبيع إلى ملكية المشتري، والثمن إلى البائع، ويصبح من حق المشتري التصرف في المبيع ، غير أن هذا الأمر لا يحصل في البيع الذي اقترن به خيار الشرط ؛ لأن اقتران هذا الخيار بعقد البيع[٢] يؤثر في صفة هذا العقد، وفي انتقال الملك .

ومدى التأثير الذي يحدثه هذا الخيار نجده واضحًا في أقوال الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، حيث إنهم قد تناولوا أثر خيار الشرط في انتقال الملك، وتعددت آراؤهم حول هذا الأثر على عدة أقوال بالنظر إلى صاحب الخيار، وفيما يلي أعرض أقوالهم عندما يكون الخيار للمتعاقدين معًا، ثم عندما يكون الخيار لأحد العاقدين فقط.

أولاً: عندما يكون الخيار للمتعاقدين معاً:

ويعني ذلك أن خيار الشرط قد شرط للعاقدين معاً ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن أثر هذا الخيار في ملكية المبيع، بمعنى لمن يكون الملك، هل يكون للبائع أم

---

(١) راجع: الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠، ومغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٤٣، والمبدع في شرح المقنع ج٤ ص٦٧، والمقدمات الممهدات لابن رشد ــ الجد ــ ج٢ص٩٢.

(٢) ذكرنا هنا اقتران خيار الشرط بعقد البيع جريًا على تصنيف الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، فقد ذكروا الخيارات في باب البيع، ومثّلوا لذلك بعقد البيع دائما لما لهذا العقد من أهمية قصوى في مجال المعاملات المالية، غير أن ذلك لا يعني أن خيار الشرط يقترن بعقد البيع فقط بل يجوز ــ كما تقدم سلفا ــ أن يدخل في كثير من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ .

للمشتري؟ للإجابة عن ذلك، تتبعت آراء الفقهاء ، وتبين أن آراءهم قد انقسمت على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للأحناف[١]، والمالكية في المعتمد عندهم[٢]، والشافعية على قول[٣]، والحنابلة في رأي[٤]، والزيدية على الراجح عندهم[٥]، والإمامية في قول[٦]، وهو رأي الإباضية[٧] ، ويرى أصحاب هذا القول أن خيار الشرط لو شرط للمتعاقدين معًا لا يثبت حكم العقد في البدلين جميعاً، فلا يزول المبيع عن ملك البـــائع، ولا يدخل في ملك المشتري، وكذلك لا يزول الثمن عن ملك المشتري، ولا يدخل في ملك البائع ؛ لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجــود فـــي الجانبين جميعاً [٨].

والمعنى أن المبيع يظل معدوداً ضمن أملاك البائع، وكذلك الثمن يظل معدوداً من ضمن أملاك المشتري؛ لأن العقد غير لازم لهما معاً ، وهنا يظهر تأثير الخيار على ملك المبيع حيث يمنع انتقال الملك فيظل ملك المبيع للبائع ، والسبب في ذلك يكمــن فـــي أن الخيار لهما معاً ، وهو مانع من لزوم العقد ، ومن ثم فإن العقد ينعقد في حق الطــرفين لكنه لا ينتج أثره لمدة زمنية محددة هي مدة خيار الشرط .

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٨٥، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٩ وما بعدها.

(٢) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٦٧، وكتاب المنتقى للبــاجي ج٥ ص٥٨، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش ج٥ ص١٣٣، دار الفكر العربي، بيروت ١٩٨٩م ، وجواهر الإكليل للآبي ج٢ ص٣٤-٣٥، دار الفكر العربي، بيروت، دون تاريخ ، والذخيرة للقرافـــي ج٥ ص٣١.

(٣) راجع: التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٨، وجاء فيه : 'أن الملك للبـــائع علـــى رأي بعض الشافعية...'.

(٤) راجع: المغني والشرح الكبير لابن قدامـــة ج٤ ص٧٩، والإنـــصاف للمـــرداوي ج٤ ص٣٧٨، ٣٧٩، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٨.

(٥) راجع: البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٩، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٩.

(٦) راجع: شرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٨.

(٧) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٥.

(٨) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٨٥.

القول الثاني:وهو للحنابلة في الراجح عندهم[١]، ولبعض المالكية[٢]، وللزيدية علـــى رواية[٣]، وللشيعة الإمامية في الظاهر عندهم[٤]، وللشافعية على قول[٥] ، ويرى أنـــصار هذا القول أن خيار الشرط إذا كان للعاقدين معاً ، فإن ملك المبيع يكون للمشتري من حين تمـــام القبول بعد الإيجاب، وإذا ثبت ملك المبيع للمشتري ثبت أيضا ملك البائع للثمن، وهذا ما ذكره الحنابلة صراحة، وقد استدلوا لرأيهم بـــدليلين أحـــدهما مـــن الـسنة أمـــا الآخــــــر فمن المعقول ، أما دليلهم من السنة فهو حديث رسول الله ﷺ حين قال: " مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ[٦] فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ "[٧] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله ﷺ قد جعل ثمر النخل بعد أن تـؤبر للبائع ؛ إذ لا تدخل الثمرة في البيع بل تستمر على ملك البائع إلا أن يشترطها المـــشتري فتكون له بمجرد الشرط ، وهو عام في كل بيع سواء أكان باتاً أم بخيار[٨] ، وإذا ثبت أن الثمر لا يكون للمشتري إلا بالشرط دل ذلك على أن الأصل يكون له ، وتصريح الرسول

---

(١) راجع: الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨، ٣٧٩، والمبدع في شح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٢، وكتاب الفروع لشمس الدين المقدسي ج٤ ص٨٦، والشرح الممتع علـــى زاد المـــستقنع لابـــن عثيمـــين ج٨ ص٢٨٧ وما يليها.

(٢) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١٦٧، وشرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل لعليش ج٥ ص١٣٣، وكتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٨.

(٣) راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠.

(٤) راجع: شرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٨.

(٥) يرى الشافعية في أحد أقوالهم أن الملك للمشتري؛ لأنه بيع تم صحيحاً بالإيجاب والقبول؛ فثبوت الخيـــار فيه لا يمنع الملك ؛ كخيار العيب ، راجع التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٨.

(٦) التأبير في النخل: هو التشقيق، والتلقيح ، ومعناه شق طلع النخلة الأنثى لذر شيء من طلع النخلة الذكر فيه ، سواء تشقق الطلع من نفسه أم بفعل الإنسان ، والطلع ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمرا إن كانـــت أنثى ، وإن كانت النخلة ذكرا لم يصر ثمرا ، ويترك على النخلة أياما حتى يتم التلقيح بـــإذن الله تعـــالى، راجع : شرح صحيح البخاري لابن بطال ، كتاب البيوع ، باب من باع نخـــلاً قـــد أبـــرت ج٦ ص٣٢٤ ، وشرح السنة للبغوي ج٤ ص٢٧٤ ، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٤٦٩ .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه عن عبدا لله بن عمر –رضي الله عنهما– في كتاب البيوع، باب مـــن بـــاع نخلا قد أبرت... ، برقم ٢٢٠٤، {راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٤٦٩} .

(٨) راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج٤ ص٤٧٠ ، وســـبل الـــسلام للـــصنعاني،كتاب البيوع باب الرخصة في العرايا،ج٣ ص٩٥ .

– ﷺ – بأن الثمرة بعد التأبير للبائع إذا باع النخل بعد أن تؤبر دليل على أن الأصل وهو المبيع (النخل) قد خرج عن ملك البائع إلى المشتري بمجرد العقد ، وهو عام في كل بيع بما في ذلك البيع بخيار الشرط[١].

وأما دليلهم من المعقول ؛ فقد قالوا إن عقد البيع حتى وإن اقترن به خيار الشرط إلا أنه عقد صحيح ويجب أن يعقبه نقل الملك كالذي لا خيار له، والمعنى أن عقد البيع صحيح يجب أن تتبعه آثاره مباشرة وأهمها انتقال الملك ، ولا عبرة بالخيار ؛ لأنه لا يؤدي إلى حجب انتقال الملك عند الحنابلة ، كما قالوا إن البيع تمليك بدليل أنه يجوز بلفظ ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع ؛ لأن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ، ويقتضيه لفظه ، وقد اعتد به الشرع ، وحكم بصحته ؛ فوجب اعتباره فيما يقتضيه ، ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه ، ولا يمنع انتقال الملك كبيع المعيب ، وأما امتناع التصرف في المبيع في زمن الخيار فإنما كان حقاً للغير ، ولكنه لا يمنع ثبوت الملك كالمرهون[٢] .

وعلى هذا الأساس يرى الحنابلة أن البيع بشرط الخيار ؛كالبيع المطلق دون شرط ؛ لأن العقد صحيح ، ويصدر عن شخص آهل في محله فيترتب عليه آثاره كما هو الحال في البيع دون شرط ، كما أن المبيع إذا تلف فإن ضمانه على المشتري خلال مدة الخيار، وإذا كان ضمانه على المشتري فكيف نجعل عليه الغرم، ولا نجعل له الغنم؛ ولذا فالراجح في تقديرهم أن ملك المبيع يكون للمشتري[٣].

أما المالكية فقد عللوا رأيهم بالقول إن ملك المبيع ينتقل للمشتري خلال مدة الخيار، وبذلك فإن الإمضاء تقرير لا نقل، أي أن إمضاء العقد ما هو إلاّ تقرير لملك المشتري، أما أصل ملكه فقد حصل بالعقد، والمقصود بذلك أن البيع بخيار الشرط منعقد لا منحل، وهذا بعكس الرأي المعتمد عندهم ، والذي يرى أنصارهُ أن بيع الخيار منحل لا منعقد ؛

---

(١) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٩.
(٢) المرجع السابق: ج٤ ص ٧٩ .
(٣) راجع: الكافي في فقه الإمام أحمد لعبدالله بن قدامة ج٢ ص٤٨، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٦، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٨٨.

ولذا فإن ملك المشتري وفقا لهذا الرأي غير تام، لاحتمال أن يرد المبيــع، وعليــه فــإن ضمان المبيع في زمن الخيار يقع على البائع في القولين معاً[١].

وقد ذكر بعض الشافعية تعليلاً لرأيهم ؛ فقالوا إن الملك يثبت للمشتري ؛ لأن البيع قد تم صحيحاً بالإيجاب والقبول ، وثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك؛ كخيار العيب[٢].

والمستخلص من هذا الرأي أن خيار الشرط إذا دخل على العقد الــلازم، وكــان الخيار للعاقدين معًا ؛ فإن العقد ينعقد هنا، ولا يؤثر الخيار في ذلك ؛ حيث ينتقــل ملــك المبيع إلى المشتري طيلة فترة الخيار، والثمن ينتقل إلى البائع فإذا تم الإمضاء كان هــذا هو الحال، ولكن إذا تم الفسخ عاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

القول الثالث : للشافعية، ويرون أن الخيار إذا كان للمتعاقدين معًا، فالمبيع والثمن موقوفان، فإن تم إمضاء البيع انتقل ملك المبيع إلى المشتري، والثمن للبائع من حين العقد، أي تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري من تاريخ العقد في حالة الإجازة، والثمن ملك للبائع ، وإن تم فسخ العقد عاد ملك المبيع إلى البائع، والثمن للمشتري، أي يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويملك كل واحد منهما زوائد المبيع، ومنافعه ما تبين أنه ملكه من تاريخ العقد، والزوائد كثمر الشجر، ولبن الماشية والمنافع كأجرة الدار والــسيارة ونحــو ذلك، وبالمقابل يكون على كل واحد منهما نفقة ومؤونة ما تبين أنه ملكه من تاريخ العقد[٣] كعلف الدابة، وإصلاح السيارة وغير ذلك.

وقد علل الشافعية رأيهم هذا بالقول إن الملك في زمن الخيار يجب أن يتوقف؛ لأنه ليس أحد الطرفين أولى من الآخر فيجب التوقف في ذلك حتى تظهر نتيجة الاختيــار[٤]؛ ولأن سبب زوال الملك؛ وهو البيع قد وجد؛ فلا يمكن القطع بأن الملك للبائع، كما أن حق الاعتراض للبائع ثابت؛ فلا يقطع بالملك للمشتري؛ ولذا فإن الملك موقوف[٥].

---

(١) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٦٧، وشرح الخرشي على مختصر خليــل ج٥ ص٤٧٣، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه مالك للكشناوي ج٢ ص٩٦.

(٢) راجع: التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٨.

(٣) راجع: مغنى المحتاج للشر بيني ج٢ ص٤٨، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٩.

(٤) راجع : مغني المحتاج للشر بيني ج٢ ص٤٨.

(٥) راجع : التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٩.

ثانياً : عندما يكون الخيار لأحد المتعاقدين:

ويعني ذلك أن الخيار يكون لأحد المتعاقدين فقط ، فقد يكون للمشتري أو للبائع، وعندئذ يثور السؤال عن ملكية المبيع ، أتكون لصاحب الخيار أم للطرف الآخر الذي لا خيار له ؟

الواقع لم تتفق كلمة الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال حيث اختلفت آراؤهم على أربعة أقوال :

القول الأول: للمالكية في المعتمد عندهم[١]، وللإباضية[٢]، وللشافعية في قول ضعيف[٣]، وللحنابلة في رأي مرجوح[٤]، ويرى أصحاب هذا القول أن المبيع في زمن الخيار يظل معدودا من أملاك البائع سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري .

ويتصدر أصحاب هذا الرأي المالكية فقد صرحوا به في المعتمد عندهم، وعللوا رأيهم بالقول إن العقد بشرط الخيار ليس بناقل للملكية حتى يتصل به الإمضاء؛ لأن العقد إنما ينقل الملك بالرضا من الطرفين، ولم يحصل الرضا حتى يحصل الملك ، ومن ثم فلا ينتقل الملك ؛ وعلى ذلك فإن اختار صاحب الخيار الإمضاء تم العقد وانبرم ، وإن اختار الفسخ تبين أن ملك المبيع لم ينتقل إليه، وأنه مازال على ملك البائع[٥].

وعلى هذا الأساس ؛ فالإمضاء عندهم نقل لا تقرير، أي نقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، والمعنى المستخلص من ذلك أن الإمضاء إذا حصل لاحقاً فهو نقل للملك لا تقرير له ؛ لأن ملكية المبيع مازالت للبائع طيلة مدة الخيار، ومن ثم فإن الضمان يقع على البائع في كل الأحوال[٦].

---

(١) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٦، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٣١، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٣.

(٢) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٥.

(٣) راجع : التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٨.

(٤) راجع: المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٩، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨، ٣٧٩، وقد ذكر المرداوي القول المرجوح للحنابلة حيث قال: "... والرواية الثانية لا ينتقل الملك عن البائع حتى ينقضي الخيار فعليها يكون الملك للبائع" .

(٥) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٦، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٣١.

(٦) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبيرللدردير ج٤ ص٦٧.

كما علل الإباضية رأيهم بالقول إن أصل ملك المبيع للبائع فلم يخرج من ملكه جزمًا بل تعليقًا فليحكم عليه بحكم المالك ما لم يجزم البيع بالقبول(١) ، ويعني ذلك أن ملكية المبيع للبائع سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع ؛ لأن المبيع لا يخرج عن ملك البائع إلا بالبيع البات ، أما البيع بخيار الشرط فلا يؤثر في ملك البائع للمبيع بل يظل المبيع مملوكًا للبائع ، إلا إذا تم إمضاء العقد فعندئذ يخرج المبيع عن ملك البائع، وينتقل إلى المشتري ؛ لأن البيع أصبح باتاً لا تعليقًا .

القول الثاني : للحنابلة في ظاهر مذهبهم(٢)، وللشافعية على رأي(٣)، وللإمامية على قول(٤)، ويرى أصحاب هذا القول أن ملك المبيع يكون للمشتري من حين تمام القبول بعد الإيجاب، سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع، وإذا ثبت ملك المبيع للمشتري، ثبت كذلك ملك البائع للثمن، وحجتهم في ذلك أن البيع قد تم صحيحا بالإيجاب والقبول وثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك، كخيار العيب، وعلى هذا الأساس فإن أثر الخيار وفقا لهذا الرأي غير ظاهر فالبيع منعقد ، ولا تأثير للخيار هنا على ملك المبيع، إذ يدخل في ملك المشتري ويدخل الثمن في ملك البائع ، ومع ذلك يرى الحنابلة عدم جواز التصرف في المبيع أو الثمن في مدة الخيار بغير إذن الآخر إن كان الخيار للعاقدين معا(٥) .

القول الثالث : للشافعية في الراجح عندهم(٦)، والزيدية(٧) ، ويرى أصحاب هذا القول أن حكم المبيع يختلف باختلاف من له الخيار؛ فإذا كان الخيار للمشتري وحده أو للأجنبي، خرج المبيع عن ملك البائع، وصار للمشتري أو للأجنبي خلال مدة الخيار،

---

(١) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٥.

(٢) راجع: الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨ ، ٣٧٩، وكتاب الفروع لشمس الدين المقدسي ج٤ ص٨٦ وما يليها، والكافي فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٨.

(٣) راجع: التهذيب في فقه الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٨، وأسنى المطالب للأنصاري ج٣ ص٥٣.

(٤) راجع: شرائع الإسلام للحلي ج٣ ص١٧٠، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٨.

(٥) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨١ ، والمعتمد في فقه أحمد للشيباني وابن ضويان ج١ ص٤١٤ .

(٦) راجع: مغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٢٨، والفقه المنهجي على مذهب الشافعي، للدكتور / الخن وآخرين ج٦ ص٢٤.

(٧) راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠.

والثمن يصير مملوكًا للبائع وهذا ما صرح به الشافعية[١]، أما الزيدية فقد اتفقوا مع الشافعية في الرأي إجمالاً، لكنهم قالوا إن المشتري إذا انفرد بالخيار وحده دون البائع، انتقل إليه حكم الملك وثبت له، وليس للبائع أن يطالبه بالثمن قبل مضي المدة .

ومعنى ذلك أن المبيع يصبح مملوكًا للمشتري إذا كان هو صاحب الخيار فقط، والثمن يظل ملكًا له طيلة مدة الخيار، فإذا مضت المدة وجب عليه أن يدفع الثمن إلى البائع أو إذا أمضى العقد، والمشتري يجمع بين المبيع ، والثمن في ملكه خلال مدة الخيار، وهذا لم يقل به الشافعية بل قالوا إذا انفرد المشتري بالخيار صار مالكًا للمبيع ، أما الثمن فيصير مملوكًا للبائع.

أما إذا كان الخيار للبائع أو للأجنبي، فالمبيع وتوابعه يظل في ملكه، والثمن وتوابعه في ملك المشتري، وهذا ما قرره الشافعية والزيدية ، وقد عللوا رأيهم هذا بالقول إن البائع حين شرط الخيار لنفسه منفردًا أو مع الطرف الآخر دلَّ ذلك على أنه لم يرض بخروج المبيع من ملكه، و إلا لما اشترط الخيار له[٢].

<u>القول الرابع</u> : للأحناف ، ويرون أن خيار الشرط إذا كان للبائع وحده ؛ فالمبيع لا يخرج عن ملكه باتفاقهم؛ لأن العقد غير لازم بالنسبة له، والثمن يخرج عن ملك المشتري باتفاق الأحناف؛ لأن العقد في حقه بات، ولكن هل يدخل الثمن في ملك البائع أم لا؟.

هناك خلاف بين أبي حنيفة والصاحبين ؛ فيرى أبو حنيفة أن الثمن يخرج عن ملك المشتري، ولا يدخل في ملك البائع ، ويرى الصاحبان (محمد وأبو يوسف) أنه يدخل في ملك البائع.

أما إذا كان الخيار للمشتري وحده ؛ فالثمن لا يزول عن ملكه باتفاق الأحناف ؛ لأن العقد غير لازم بالنسبة له، والمبيع يخرج عن ملك البائع باتفاق الأحناف ؛فلا يجوز

---

(١) راجع: مغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٢٨، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٠٩، وحواشي الشرواني وابن قاسم ج٤ ص٣٤٧.

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٩، والبحر الزخَّار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٩، وجاء فيه: "إذا انفرد المشتري بالخيار ملكه، ولا يطالبه البائع بالثمن قبل مضي المدة".

له التصرف فيه ؛لأن البيع بات في حقه، ولكن هل يدخل المبيع في ملك المشتري؟ عنـد أبي حنيفة لا يدخل المبيع في ملك المشتري، وعند الصاحبين يدخل في ملك المشتري[١].

وخلاصة رأي الأحناف في هذه المسألة، أن خيار الشرط لا يؤثر في انتقال الملك في حق من له الخيار سواء أكان بائعًا أم مشتريًا، فلا يخرج ماله عن ملكه، أما مـن لا خيار له فإن ملكه يرتفع عن ماله ، وإذا ارتفع ملكه عن ماله فهل يدخل في ملك الآخـر صاحب الخيار أم لا ؟

في ذلك خلاف كما تقدم وكل طرف احتج لرأيه ؛ فحجة أبي حنيفة تنحصر في أن اجتماع البدلين (المبيع والثمن) في ملك أحد العاقدين (صاحب الخيار) يتعارض مع مبـدأ المعاوضات التي تقتضي المساواة بين المتعاقدين في تبادل ملك المبيـع والـثمن، وهـذا سيؤدي حتماً إلى الإخلال بالتسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة ؛ لأنهما لا يرضـيان بالتفاوت، والمعاوضة تقتضي دخول المبيع في ملك المشتري، والثمن في ملك البائع ، أما اجتماع البدلين في ملك شخص واحد فلا أصل له في الشرع .

وحجة الصاحبين: أن المبيع إذا خرج عن ملك البائع، ولم يدخل في ملك المشتري صار زائلاً لا إلى ملك ؛ كالسائبة[٢] التي لا مالك لها، وهذا غير معهود به فـي الـشرع

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٨٥ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠ .

(٢) السائبة : هي المسيَّبة المخلاة، أي تلك الحيوانات التي تسيب ويحرم الانتفاع بها ، ولا تطرد عن مـاء ، ولا تمنع من الرعي ولا تركب ،وكان العرب في الجاهلية يطلقون سراحها إطلاقا تاماً ، و قيل إن هـذه الحيوانات هي النوق التي تلد عشر إناث متتاليات ؛ فإنها بعد ذلك تسيب فلا تركب ولا تحمل ولا يجز لها وبر، ولا يحلب لها لبن إلا لولد أو ضيف ، ويقال إنها كانت تسيب للأصنام أي تعتق لها ، وكان الرجل يسيب مـن ماله ما يشاء فيجئ به إلى السد نه وهم خدم آلهتهم فيطعمون من لبنها أبناء السبيل ، وقيل إن أول من حرم هذه المحرمات وشرع للعرب عبادة الأصنام هو عمرو بن لحي الخزاعي؛ فهو الذي غير دين إبراهيم عليـه السلام ، وبحر البحيرة ، وسيب السائبة ، وحمى الحامي، وعندما جاء الإسلام أبطل ذلك، وحـرم الـسائبة ؛ لأنهم قد حرموا على أنفسهم من الأنعام مالم يحرمه الله ؛ إذ إن هذه الحيوانات مخلوقة لمنافع الناس فتركها، وإهمالها يقتضي فوات منفعة على مالكها وإضاعة المال في غير ما يقتضيه الشرع والعقل ؛ ولهذا فقد حرم الخالق السائبة حيث قال تعالى: " مَا جَعَلَ اللَّهُ مِن بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّـهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ (سورة المائدة /١٠٣).(راجع : جامع البيان عن تأويل آي القران لابن جريـر الطبـري ج٧ ص٨٩-٩١، وأيسر التفاسير لكلام العلي الكبير لأبـي بكـر الجزائـري ج٢ ص١٩-٢١ ،دار الـسلام للطباعة، القاهرة ،ط٤ ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م ، والتفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج للدكتور/ وهبة

الإسلامي، ولاسيما في باب التجارة والمعاوضات ؛ كما أن البيع بات في حق من لا خيار له، ومن ثم فإن ماله ينتقل عن ملكه إلى المتعاقد صاحب الخيار[١].

ولم تسلم حجة الصاحبين من النقد؛ فقد ناقشها الزيلعي[٢]، وذكر أنه يجوز في الشرع خروج ملك البائع دون دخوله في ملك المشتري حيث قال: " وجاز أن يوجد خروج ملكه بلا د خول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم، ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة، ولا يقال على هذا تكون سائبة وهي منهى عنها لأنا نقول الحال موقوف أن أجيز البيع يستند إلى وقت العقد فيتبين أنه ملكه من ذلك الوقت، ولهذا كان له الزوائد، وإن فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه".

ومع ذلك أجيب عن هذا القول بأن غير المعهود في الشرع عند الصاحبين، المقصود به ما كان في باب التجارة والمعاوضات فقط، أما شراء العبيد لخدمة الكعبة، فليس من باب التجارة والمعاوضات، بل هو ملحق من توابع الأوقاف[٣]، والوقف باق على حكم ملك الواقف، والثواب يكون له؛ كما أن التركة المستغرقة بالدين باقية في حكم ملك الميت ، قال الكرلاني[٤] ـــ في هذا الصدد ـــ : " ذكر الإمام التمرتاشي[٥] ـــ رحمه

= الزحيلي ج٧ ص٨٥ ، دار الفكر ،دمشق ،ط١ ١٤١١هـ/١٩٩١م، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج ٨ ص١٥٥).

(١) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٥، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٩ وما بعدها، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٨٥، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠.

(٢) راجع: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤ ص١٦.

(٣) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١٤، وجاء فيه: " أعلم أن قولهما في دليلهما ولا عهد لنا به في الشرع معناه في باب التجارة والمعاوضات فاندفع عنهما ما أورد من شراء متولي أمر الكعبة".

(٤) هو : جلال الدين بن شمس الدين الخوارزمي الكرلاني ، من فقهاء الأحناف، كان عالماً فاضلاً ، أخذ عن حسام الدين الحسن السنغناقي وغيره، وأخذ عنه ناصر الدين محمد بن شهاب وغيره ، لا يعلم تاريخ مولده ، أما وفاته فقد كانت في سنة سبع وستين وسبعمائة للهجرة، له تصانيف عدة أشهرها "الكفاية شرح الهداية" ، راجع : الفوائد البهية في تراجم الحنفية للهندي ص ٥٨ –٩٠ھ .

(٥) هو محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن إبراهيم بن محمد الخطيب الغزى الحنفي التمرتاشي، من فقهاء الأحناف ولد بغزة سنة تسع وثلاثين وتسعمائة للهجرة، له مصنفات عديدة ، ومنها تنوير الأبصار،

الله ـ أنه يجوز أن يخرج الشيء عن ملك إنسان، ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة بالدين، يزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة، لكن في قوله يزول عن ملك الميت منع إذ التركة مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه"[١] .

وقد بينت مجلة الأحكام العدلية الحكم المتعلق بملكية المبيع عندما يكون الخيار لأحد العاقدين ؛ حيث نصت المادة (٣٠٨) على أنه : " إذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى معدودا من جملة أملاكه " ، ونصت المادة (٣٠٩) على أنه: "إذا شرط الخيار المشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع، وصار ملكًا للمشتري"، ومن هاتين المادتين يتضح أن المجلة قد أخذت برأي الصاحبين كما ذكر شراحها[٢]، ولم تأخذ برأي الأمام أبي حنيفة ، في حين يلاحظ أن صاحب كتاب مرشد الحيران، قد أخذ برأي الإمام أبي حنيفة، ولم يأخذ برأي الصاحبين، حيث نصت المادة (٢٣٩) منه في فقرتها الثانية على أنه : "إن جعل خيار الشرط لأحد هما فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه" [٣].

وتجدر الإشارة إلى أن البائعين قد يختلفان في مسالة المبيع ؛ فقد يرد المشتري المبيع بموجب الخيار ، وينكر البائع المبيع ؛ كأن يقول إن المردود ليس هو المبيع ، وعندئذ فالقول للمشتري مع يمينه ؛ لأنه قابض ، والقول للقابض سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع ، أما إذا كان المبيع غير مقبوض فأراد المشتري إجازة العقد في المبيع الذي بيد البائع ؛ ولكن قال البائع ما بعتك هذا ، وقال المشتري لا بل بعتني هذا ؛ فعندئذ

= وجامع البحار وشرحه وسماه: منح الغفار في فروع الفقه الحنفي، والوصول إلى قواعد الأصول ، ورسالة القضاء ،وغير ذلك، مات في سنة أربع وألف للهجرة . (راجع ترجمته في معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ج١٠ ص ١٩٦-١٩٧) .

(١) راجع : الكفاية بأسفل شرح فتح القدير ج٥ ص٥٠٦

(٢) راجع: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٥٥، وشرح المجلة لسليم ألباز اللبناني ص١٦٣، الأستانة، ط٣ ١٩٨٦م ، ومرآة المجلة ليوسف آصاف ص١٤٣.

(٣) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري ص٣٩ ، المطبعة الكبرى، القاهرة ١٣٠٨هـ.

ينظر في الأمر فإن كان الخيار للمشتري فالقول للبائع ، وإن كان الخيار للبـــائع فـــالقول للمشتري[١] .

موازنة وترجيح :

بعد أن تم عرض آراء الفقهاء بشأن أثر الخيار في انتقال الملك يتبين إجمـــالاً أن خيار الشرط عند دخوله على العقد يؤثر في انتقال الملك، ولكن هذا التأثير يختلف بحسب صاحب الخيار، فإذا كان الخيار للمتعاقدين معًا، فيرى غالبية الفقهاء وهـــم: (الأحنـــاف والمالكية في المعتمد عندهم، والحنابلة على رأي الزيدية في الراجح والإمامية والإباضية) أن الملك لا ينتقل بالخيار؛ إذ يظل المبيع مملوكًا للبائع، والثمن مملوكاً للمشتري، حتى يتم الإمضاء أو تنقضي المدة، فالبيع مع الخيار منحل، ولذلك إذا تم إمضاء العقد انتقل المبيع إلى ملك المشتري، والثمن إلى ملك البائع .

وأما الرأي الثاني: وهو للحنابلة في ظاهر مذهبهم ويرى أن الخيار المـــشروط إذا دخل على العقد اللازم لا يؤثر فيه من ناحية الملك، حيث ينتقل الملك مـــن البـــائع إلـــى المشتري، ويكون ملك الثمن للبائع، وهناك رأي ثالث: للشافعية قالوا: إن الملـــك يبقـــى موقوفا حتى يتم الاختيار أو تنتهي مدة الخيار .

ومن هذه الآراء يتبين ـــ والله أعلم ـــ أن ما ذهب إليه الأحناف والمالكية ، ومـــن حذا حذوهم هو الراجح للأدلة القوية التي ساقوها ؛ ولأن دخول هذا الخيار علـــى العقـــد يجعله في حكم المعلق من ناحية حكمه المتعلق بانتقال الملك، والسبب في ذلك أن الرضا غير مكتمل من ناحية البائع والمشتري؛ لأن الخيار قد شرط لهما معًا، ولذا فالصواب أن يظل المبيع في ملك البائع، والثمن في ملك المشتري؛ لأن الهدف من الخيار لـــم يتحقـــق بعد، فالتروي والتفكير والمشاورة تحتاج إلى مدة، وخلال هذه المدة يبقى الحال على مـــا هو عليه، لعدم اكتمال رضا الطرفين بالعقد، ولكون دخول الخيار في حد ذاته مؤثراً فـــي الجانبين، وصحيح أن العقد قد تم بينهما، ولكن الرضا مازال ناقصاً خلال مدة الخيار هذا إذا كان الخيار للمتبايعين معا .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ، ج٧ ص١٤٣ ، وجامع الفصولين لابـــن قاضـــي ســـماوه ج٢ ص٢٤٥.

أما إذا كان الخيار لأحد العاقدين دون الآخر؛ ففي هذه المسألة يجب التمييز بين خيار البائع، وخيار المشتري ؛ فإذا كان الخيار للبائع وحده ؛ فالمبيع يظل في ملكه طيلة مدة الخيار، وهذا هو رأي الشافعية في الراجح عندهم، وهو ما أميل إليه؛ لأن البائع إذا اشترط الخيار لنفسه فهذا يدل على أنه لم يقبل بخروج المبيع عن ملكه لعدم اكتمال رضاه، أما إذا كان الخيار للمشتري وحده ؛ فالملك ينتقل إليه كما يبدو، وهذا هو رأي الزيدية، والظاهر أن هذا الرأي جدير بالتأييد ، والله أعلم بالصواب .

المطلب الثاني

أثر الخيار في زوائـد المبيع

زوائد المبيع هي تلك التي تطرأ على المبيع في كثير من الأحيان؛ كولد الماشية أو نتاج المصانع أو لبن الماشية أو أجرة الدار أو غير ذلك، وهذه الزوائد تنقسم إلى قسمين: القسم الأول: وهي الزوائد المتصلة ؛ كسمن الماشية، والسلامة من المرض وهي التي لا يمكن فصلها وتخليصها عن المبيع. أما القسم الثاني فهي الزوائد المنفصلة والتي يمكـن فصلها وتخليصها عن المبيع؛ كلبن الماشية أو ولد الماشية أو نتاج المصانع أو المزارع، أو غير ذلك، وهذا التقسيم هو المتعارف عليه عند كثير من فقهاء المذاهب الإسلامية[١].

غير أن الأحناف والحنابلة[٢]، لا يكتفون بهذا التقسيم فحسب، بل وجدت أنهم قـد قسموا الزوائد المتصلة إلى نوعين، وقسموا كذلك الزوائد المنفصلة إلى نوعين، وعلى هذا تصبح الزوائد عندهم على النحو الآتي:

الزوائد المتصلة: وتشمل نوعين، النوع الأول ويسمى الزوائد المتصلة المتولدة عن الأصل كالسمن والبراءة من المرض، والحمل في زمن الخيار وذهاب البياض من العين، والحسن والجمال ونحو ذلك، أما النوع الثاني فيسمى الزيادة المتصلة غير المتولدة عـن الأصل ؛ كصبغ الثوب وخياطته والبناء والغرس في الأرض ونحو ذلك.

أما الزوائد المنفصلة: فتنقسم كذلك إلى نوعين، النـوع الأول: ويـسمى الزيـادة المنفصلة المتولدة عن الأصل؛ كالولد واللبن والصوف والثمر ونحو ذلك، والنوع الثاني: ويسمى الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل، كالهبة والكسب والصدقة أو ما يوصى له.

---

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص ٤٧٣ــ٤٧٤ ، والذخيرة للقرافي ج٥ ص ٤٤ ، والمجموع للنووي ج٥ ص ٢٥٥ــ٢٥٦ ، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص ٣٥٠ ، ومنهـاج الصالحين للخوئي ج٢ ص ٣٥ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٩ ص ٢٧٦ .

(٢) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٧، والفتاوى الهندية لنظـام وآخـرين ج٣ ص٤٨، والبحـر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١٥، والمغني لابن قدامة، ج٤، ص٩٧ــ٩٨.

هذه هي آراء الفقهاء بصدد ماهية الزوائد وأنواعها، والملاحظ أنهم قــد اختلفــوا حول ملكية هذه الزوائد في زمن الخيار ؛ حيث انقسمت آراؤهم على أربعة أقوال:

القول الأول : للأحناف، وقد فصلوا القول في مسألة الزوائد بناء على أنواعها سالفة الذكر، حيث قالوا إن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل ؛ كالسّمن والجمال ، ونحو ذلك إذا حدثت في مدة الخيار يسقط الخيار بسببها ويتم العقد ويلزم ، وتكون هــذه الزوائــد للمشتري مطلقا، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف ؛ لأن هذه الزيادة تمنــع الــرد عندهما كما في العيب في المهر والنكاح، وخالفهما محمد ؛ إذ قال إن هذه الزيادة لا تسقط الخيار، وصاحب الخيار على خياره فمن حقه أن يمضي العقد أو يفسخه.

أما الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل؛ كصبغ الثوب وخياطته ، والبناء على الأرض ، والغرس عليها ، وغير ذلك ؛ فهذه الزيادة تعد مانعًا من الرد بإجماع الأحناف إذ ينبرم العقد ويلزم ويسقط الخيار عن صاحبه، وكذلك الحال لو كانت الزيادة منفــصلة متولدة من الأصل ؛ كالولد ، والتمر من النخل ، والصوف، واللبن فهذه الزيادة مانعة من الرد، ومن ثم يسقط الخيار بسببها وينعقد العقد.

أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل؛ كالهبــة، والــصدقة، فهــذه الزيادة لا تمنع الرد، ويظل صاحب الخيار على خياره ؛ فله إمضاء العقد أو فسخه ؛ فإن كان الخيار للمشتري، واختار الإمضاء ؛ فالزوائد له مع الأصل ؛ لأنه تبين أنها كــسب ملكه فكانت ملكه، أما إذا اختار المشتري الفسخ ؛ ففي المسألة خلاف بين الأحناف ؛ فأبو حنيفة قال: إذا اختار المشتري الفسخ فعليه أن يرد الأصل مع الزوائد إلى البائع بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا، فإذا فسخ المشتري العقد تبين أن المبيع لم يدخل فــي ملكــه، ومن ثم فإن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها إلى البائع مع الأصل.

أما أبو يوسف ومحمد فقد قالا: إن المبيع قد دخل في ملــك المــشتري ، فكانــت الزوائد حاصلة على ملكه، ولذا فإن أثر الفسخ يظهر فقط في الأصل لا في الزيادة ومــن ثم فقد بقيت هذه الزيادة على حكم ملك المشتري وهي له[1].

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٧ــ٢٩٨، والفتاوى الهندية ج٣ ص٤٨، والبناية في شــرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧٢، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٥.

القول الثاني : للمالكية في المعتمد عندهم، والحنابلة في قول، والإباضية ، ويرى أصحاب هذا القول أن الزوائد المنفصلة تكون للبائع ؛ فالرأي المعتمد عند المالكية يقـوم على التمييز بين الزوائد التي تعد جزءًا من المبيع، وتلك التي تعد نماءً منفصلاً؛ فالزوائد التي تعد جزءًا من المبيع ؛ كسّمن الحيوان ، والصوف على ظهره فهي للمشتري إذا تـم البيع وآل إليه ملك المبيع.

وقد وقع الاختلاف بين المالكية حول الولد الذي تلده الأنثى في مدة الخيار، فقـال ابن القاسم إن الولد من جنس المبيع وملكيته للمشتري، لأنه نماء متصل، ومن ثم فحكمـه حكم المبيع الأصل كالسّمن، وقال أشهب[١] إن الولد نماء منفصل وهو للبائع؛ لأنه كالمال الذي يوهب للعبد في مدة الخيار[٢] .

أما النماء المنفصل الذي يحدث للمبيع في زمن الخيار فهو للبائع ، وهو كـاللبن والبيض والثمرة إن كان المبيع أرضاً فيه نخل وأمد الخيار فيه شـهران أو ثلاثـة ؛ لأن الثمر يطلع خلال هذه المدة، وكذلك الأرش المأخوذ من الأجنبي الجاني على المبيع فـي أيام الخيار حيث أخذه المشتري معيبًا وإن شاء رده ولا شيء عليه ، على أنه يقع علـى البائع نفقة المبيع في أيام الخيار لأنه المالك له[٣]، وإلى هذا ذهب بعض الحنابلة ؛ إذ قالوا إن النماء المنفصل للبائع[٤] .

وعلى الرغم من أن الإباضية قد ذهبوا إلى مذهب المالكية ، وقالوا إن نماء المبيع المنفصل للبائع كاللبن وكراء الدار، والحطب سواء أكان المبيع بيد المشتري أم بيد البائع،

---

(١) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود، القيسي العامري الجعدي ، فقيه الديار المصرية في عهده ، ولد فـي سنة خمس وأربعين ومائة للهجرة، كان صاحب الإمام مالك ، قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقـه مـن أشهب لولا طيش فيه. قيل إن اسمه مسكين وأشهب لقب له، مات بمصر في سنة أربع ومائتين للهجرة. [راجع: وفيات الأعيان لابن خلكان ج١ ص ٧٨ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ج١ ص٣٥٩ ، والأعلام للزركلي ج١ ص٣٣٥].

(٢) راجع: كتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٧، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٤٤، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٣، ٤٧٤.

(٣) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٥ ص١٦٧، وشرح منح الجليل على مختصـر لمحمد عليش ج٢ ص١٣٣ .

(٤) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص ٣٨ .

فإنهم مع ذلك قالوا إن الزيادة المتصلة تكون لمن بيده المبيع[١]، أي قد تكون للمشتري إذا كان المبيع بيده، أو للبائع إذا كان المبيع مازال تحت يده، وفي هذا الأمر لم ينسجم رأيهم مع المالكية التي ترى أن الزيادة المتصلة تكون للمشتري إذا آل إليه المبيع، ولعل الإباضية قصدوا أن الزيادة المتصلة تصبح لمن يؤول إليه ملك المبيع ، وإذا كان هذا قصدهم فلا خلاف مع المالكية .

القول الثالث : للشافعية، والزيدية ، ويرى أصحاب هذا القول أن الزوائد تكون لمن استقر له ملك المبيع، وقد جاء رأي الشافعية في مسألة الزوائد مبني على الخلاف السابق حول صاحب الملك في زمن الخيار؛ حيث قالوا إن الزوائد إذا حصلت للمبيع في خلال مدة الخيار ؛ كثمر الشجر ولبن الماشية والمنافع كأجرة الدار والسيارة ونحو ذلك فهي لمن استقر له الملك سواء أكان بائعًا أم مشتريًا، وهذا يتوقف على معرفة صاحب الخيار.

فإذا كان الخيار للعاقدين معًا تكون ملكية المبيع موقوفة حتى يتبين الحال من فسخ العقد أو إمضائه، فإذا تم فسخ العقد تكون الملكية هنا للبائع بمعنى أنها لم تنتقل عنه وتكون الزوائد هنا له، أما إذا تم إمضاء العقد وأجيز تبين أن المبيع ملك المشتري من تاريخ العقد، ومن ثم فإن الزوائد تكون له ، ويقع على مالك الزوائد نفقة ومؤونة ما تبين أنه ملكه من تاريخ العقد كعلف الدابة وإصلاح السيارة ونحو ذلك .

أما إذا كان الخيار لواحد من المتعاقدين فالملك له ، ومن ثم فإن المنافع، والثمرات له، وعليه المؤونة والنفقات[٢].

وعلى هذا الأساس ، فإن الزيادة المنفصلة عند الشافعية إذا حصلت في مدة الخيار؛ كاللبن، والثمر، والكسب، وغير ذلك فهي لمن له الملك، وهو من انفرد بالخيار ، و إلا فهي موقوفة كملكية المبيع، أما الزيادة المتصلة فتابعة للأصل في كل الأحوال، والحمل

---

(١) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٦، ٢٧٧، وكتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧٦ .

(٢) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٥٥ــ ٢٥٦، ومغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٤٨، وأسنى المطالب للأنصاري ج٢ ص٥٣.

الموجود عند البيع يعد جزءًا من المبيع لمقابلته لقسط من الثمن كما لو بيع معها بعد الانفصال[١].

وقد ذهب الزيدية إلى هذا الرأي إجمالاً، مع أنهم لم يذكروا التفصيل الذي أورده الشافعية، إلا أنهم قد اتفقوا معهم في الحالة التي يكون فيها الخيار للمتعاقدين معاً ، حيث قال الزيدية إن الفوائد تكون لمن استقر له الملك، كما أن مؤونة المبيع تقع على من استقر له الملك فإذا أنفق المشتري على المبيع رجع على البائع بما أنفقه إذا استقر له الملك[٢].

ومعلوم أن الملك قد يستقر للمشتري إذا تم البيع ، وقد يكون للبائع إن لم يتم البيع ، ويفهم من قول الزيدية أن ملك النماء يتوقف فيه حتى يتبين المالك إذا كان الخيار للمتعاقدين ، أما إذا كان الخيار لواحد منهما فقط ؛ فالنماء يكون له إذا صار المبيع من نصيبه .

القول الرابع : للحنابلة في الراجح عندهم ، وقد جاء رأيهم في هذه المسألة منسجماً مع قولهم السابق المتعلق بملك المبيع في زمن الخيار، حيث قالوا إن النماء المنفصل الذي يحصل للمبيع في مدة الخيار هو للمشتري سواء تم إمضاء العقد أم فسخه، وهذا هو الرأي الراجح في المذهب[٣]، وبناء على هذا الرأي فإن المشتري يستفيد من الزيادة المنفصلة التي تحدث في زمن الخيار ؛ إذ يحصل عليها بمجرد خيار الشرط سواء تم العقد ولزم البيع أم فسخ العقد، ففي حالة الفسخ يأخذ المشتري الزوائد المنفصلة ويرد الأصل إلى مالكه .

أما بالنسبة للزوائد المتصلة فهي تابعه للمبيع، فإذا تم إمضاء البيع كانت للمشتري، وإذا فسخ البيع عادت للبائع، وقد علل الحنابلة رأيهم بالقول إن الضمان في كل الأحوال يقع على المشتري فيجب كذلك أن يكون الخراج له ، كما أن ملك المبيع في زمن الخيار يكون للمشتري فيجب كذلك أن يكون النماء للمشتري كما هو الحال بعد انقضاء

---

(١) راجع: أسنى المطالب للأنصاري، ج٢، ص٥٣.

(٢) راجع: البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤١٠.

(٣) راجع الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠.

الخيار[1] طالما وأن الملك ينتقل بالبيع إلى المشتري، والى هـذا الـرأي ذهـب الـشيعة الإمامية؛ حيث قالوا إن نماء المبيع في مدة خيار الشرط للمشتري ونماء الثمن للبـائع[2]، ولكن الإمامية لم يميزوا بين النماء المتصل والمنفصل.

ومما سلف يبدو أن رأي الشافعية الزيدية هو الراجح ؛ لأن هذا الرأي ينسجم مع مصلحة العاقدين ، ويمنع المنازعة التي قد تحدث ؛ فالتوقف في ملك الزوائد أمـر مفيـد للغاية ، ولاسيما إذا كانت هذه الفوائد مما لا تستهلك وغير معرضة للفساد ببقـاء المـدة شريطة أن يتم التوقف في كل الأحوال سواء أكان الخيار للمتعاقدين معاً أم لأحد هما، أما إذا كانت مما يتعرض للهلاك ، أو الفساد بمضي المدة ؛ ففي ذلك يمكـن إتبـاع إحـدى الوسيلتين:

١) إما استهلاك هذه الزوائد بإذن الطرف الآخر ، وخاصة في الأشياء التي يتسامح الناس فيها عرفًا ؛كالبيض القليل، أو لبن الماشية الواحدة.

٢) أو بيع هذه الزوائد، والاحتفاظ بثمنها عند أحد العدول حتى يـتم إمـضاء البيـع، أو فسخه، ويتبين المالك للمبيع، وعندئذ تكون لمن استقر له الملك ، والله أعلم بالصواب.

---

(١) راجع: المغني لابن قدامة ج٤ ص٨٠، والمعتمد في فقه أحمد للـشيباني وابـن ضـويان ج١ ص٤١٤، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٨٨.

(٢) راجع: منهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٥، وجواهر الكلام للنجفـي ج٢٣ ص٣٥٥، وسـائل الـشيعة للعاملي ج٢٢ ص٣٩، والمختصر النافع في فقه الإماميه لجعفـر الحلـي ص١٤٥ ، وكتـاب المكاسـب لمرتضى الأنصاري ج٢ ص٢٥٤، وجاء فيه: "... ولو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان قبل الـرد أو بعده ونماؤه أيضاً له مطلقاً"

المطلب الثالث

أثر خيار الشـــرط في تبعة هلاك المبيع

المبيع قد يهلك في أثناء مدة الخيار، وإذا هلك فمن الذي يتحمل تبعة الهلاك مـن المتعاقدين، أهو المشتري أم البائع؟ ، للإجابة عن هذا السؤال بحثت آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، وتبين أنهم تناولوا هذه المسألة بالنظر إلى أحكام الملك في زمن الخيـار، حيث ميزوا بين الهلاك قبل القبض وبعده.

فإذا هلك المبيع قبل القبض، وهو مازال في يد البائع فالضمان يقع على البائع،

وهذا ما قرره غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط[١]، ولم يخالفهم في ذلك سوى الحنابلة[٢] الذين قالوا إن الضمان يقع على البائع إذا كان المبيع بكيل ووزن وذرع أما إذا كان غير ذلك ، ولم يمنع البائع المشتري قبضه فظاهر مذهبهم أن المبيـع مـن ضـمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض.

وقد علل الجمهور رأيهم بالقول إن المبيع إذا هلك في زمن الخيار بيد البائع سقط الخيار سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع أم لهما معًا، وبذلك ينفسخ البيع، لعدم القـدرة على تسليم المبيع؛ لأنه لو كان البيع باتًا لبطل، فإذا كان فيه خيار الـشرط فهـو أولـى بالبطلان؛ لأنه أضعف من البيع البات.

أما إذا كان الهلاك بعد القبض ففي هذا يظهر الخلاف بين الفقهاء حتى في إطـار المذهب الواحد؛ إذ تباينت آراؤهم على خمسة أقوال :

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠١، وأسنى المطالـب للأنـصاري ج٢ ص٥٤، والمجمـوع للنووي ج٩ ص٢٦٢، ٢٦٣، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٩، وشـرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٤، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهـار للـشوكاني ج٣ ص١٠٣، وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ج١ ص١٧٠، وشرح كتاب النيل وشفاء العليـل لأطفـيش ج٩ ص٢٧٩.

(٢) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٤، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٦، والمعتمد في فقـه أحمد للشيباني وابن ضويان ج١ ص٤٢١، وجاء فيه: "... وإن تلف المبيع بغير كيل ونحوه فمن ضمان المشتري سواء تمكن المشتري من قبضه أم لا، إلا أن يمنعه منه البائع أو كان ثمرًا على شجر".

القول الأول: للأحناف، وقالوا: إن المبيع إذا هلك بعد قبضه من المشتري فالحكم يختلف باختلاف صاحب الخيار، فإن كان الخيار للبائع بطل البيع وسقط الخيار، ولكن يجب على المشتري أن يدفع للبائع قيمة المبيع إن لم يكن له مثل، فإن كان له مثل وجـب عليـه أن يدفع المثل للبائع، وبطلان العقد هنا بسبب المبيع؛ لأنه صار بحال لا يحتمل إنشاء العقـد عليه، فلا يحتمل الإجازة، ولذلك ينفسخ العقد ضرورة ؛ لأن المبيع قد قبضه المشتري فهو على حكم البيع أي كالمقبوض على سوم الشراء بل هو أضعف منه كما قال الكاساني[١]، وبناء على ذلك فالضمان يقع على المشتري بالقيمة أو الثمن.

أما إذا كان الخيار للمشتري، وهلك المبيع بيده فلا يبطل البيع، ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع، وعلى المشتري الثمن، فعلى أصل الصاحبين أن المشتري ملك المبيع بالعقد، فإذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فإذا هلك يهلك مضمونًا بالثمن؛ كما كان في البيع البـات، أما على أصل أبي حنيفة ؛فالمشتري وإن لم يملكه فقد اعترض عليه في يده عارض أدى إلى منع رد المبيع كما قبضه، وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع؛ لأن الهلاك فـي يـد المشتري لا يخلو عن تقدم عيب عادة ؛ ولذا فتعيب المبيع في يد المشتري يمنـع الـرد ويلزم البيع، ويجب على المشتري دفع الثمن[٢].

وقد علَّل الأحناف سبب الاختلاف في الضمان بين خيار المشتري وخيـار البـائع بقولهم إن المبيع إذا كان في يد المشتري، والخيار للمشتري ، وهلك فالهلاك يسبقه عيب في المبيع فالمبيع قد يكون معيبًا حين أشرف على الهلاك، وإذا وجد العيب امتنع الـرد، وسقط خيار المشتري لعجزه عن رد المبيع كما قبضه ؛ فلذلك يتم البيع ويلـزم، ويجـب على المشتري أن يدفع الثمن المسمى (أي المتفق عليه)، سواء أكان الهلاك بآفة سماوية أم بفعله أم بفعل أجنبي فخياره في جميع هذه الأحوال يسقط.

وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ؛ لأنه حتى لو أشرف المبيع علـى الهـلاك فخيار البائع لا يسقط ؛ لأنه لم يعجز عن التصرف في المبيع بحكم خياره فلو رضي بـه يستطيع أن يرده حتى وإن كان معيبًا، فإذا هلك المبيع هلك على ملكـه فيهلـك والعقـد

---

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص٣٠١.

(٢) المرجع السابق ج٧ ص٣٠٢، ٣٠٣

موقوف ؛ ولذلك ينفسخ العقد ضرورة ، ويجب على المشتري دفع القيمـة ؛ لأن المبيـع كالمقبوض على سوم الشراء، ولم يلزم المشتري بالثمن لعدم إبرام العقد[١].

القول الثاني : للمالكية[٢] ، وبعض الإباضية[٣] ، ويرى أصحاب هـذا القـول أن الضمان يقع على البائع ؛ لأن المبيع في مدة الخيار يظل مملوكا له ، ومع ذلك لم يجعـل المالكية الضمان على البائع في كل الأحوال ، وإنما ميزوا بين الحالات التي يقـع فيهـا الضمان على البائع، والحالات التي يكون فيها الضمان على المشتري ؛ فالضمان يكـون على البائع إذا قبض المشتري المبيع وهلك عنده إذا كان المبيع مما لا يغاب عليه أي مما لا يمكن إخفاؤه كالجمل والسيارة والعقار وغير ذلك، فهنا يظهـر أنـه لا دخـل لإرادة المشتري في تلف هذه الأشياء، ولاسيما إذا كان لديه البينة على التلف أو الضياع، كمـا يضمن البائع هلاك المبيع إذا كان مما يغاب عليه، أي مما يسهل إخفاؤه ؛كالثياب ونحـو ذلك إذا قامت للمشتري بينة تؤيد صدق قوله، فحينئذ يكون هلاك المبيـع بغيـر صـنعه ورضاه، ولا يقع عليه الضمان.

ويقع على المشتري الضمان إذا قبض المبيع وهلك بيده إذا كان مما يغاب عليـه كالأشياء التي يسهل إخفاؤها، ما لم تشهد له بينة، أو فرط أو قصر في الحفاظ على المبيع الذي لا يغاب عليه، أو ظهر كذبه ، كأن يقول ضاع المبيع ليلة البارحة ويشهد الناس على أنه كان متواجداً، أو يكون متهمًا من الآخرين بالكذب أو الخداع أو نحو ذلك، أو نكولـه عن اليمين إذا طلب منه في الحلف على ضياع المبيع الذي لا يغاب عليه.

---

(١) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٦، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧٠ـ٢٧١، والكفاية في شرح الهداية للكرلاني بأسفل شرح فتح القدير ج٥ ص٥٠٦ .

(٢) راجع : حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٦٩، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٤، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (الحفيد) ج٣ ص١٧٥٤، وبلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي على الشرح الصغير لأحمد الدردير ج٢ ص٥٠-٥١ .

(٣) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٧

كل هذه الأمور إذا توافرت في حق المشتري كان ضامنًا للمبيع؛ لأنه قد تسبب في هلاك المبيع، ويقع عليه دفع الأكثر من ثمن المبيعَ الذي بيع به، أو القيمة إذا كان الخيار للبائع إلا أن يحلف أنه لم يفرط،وعندئذ يقع عليه دفع الثمن فقط[١].

القول الثالث : للشافعية، وقد جاء قولهم في هذه المسألة منسجمًا مع رأيهم المعتمد حول ملكية المبيع في مدة الخيار، حيث ميزوا بين خيار المشتري والبائع ، وقالوا إن كان الخيار للبائع وهلك المبيع عند المشتري ؛ فالبيع يتم ويجب على المشتري أن يدفع البدل للبائع وهو القيمة أو الثمن، أما إذا كان الخيار للمشتري أو لهما معا، فللشافعية وجهان في هذه المسألة ٠

الوجه الأول: ويرى أنصاره أن البيع ينفسخ لحصول الهلاك قبل استقرار العقد، **والوجه الثاني**ــوهو الصحيح ــ يرى أنصاره أن العقد لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ، وإذا تم فسخ العقد بناء على الرأي الأول فيجب على المشتري دفع القيمة للبائع، وهي قيمة المبيع يوم التلف لأن الملك قبل ذلك للمشتري، أما إذا لم ينفسخ البيع وفقا للرأي الثاني ففي سقوط الخيار وجهان: أحدهما ينقطع الخيار كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع، وأصحهما: لا ينقطع الخيار، وإذا سقط الخيار تم العقد ؛ ووجب على المشتري دفع الثمن للبائع[٢] ٠

القول الرابع : الحنابلة ، وقد ميزوا بين خيار المشتري والبائع، فقالوا: إذا قبض المشتري المبيع وتلف بيده وكان الخيار له، بطل خياره ويقع عليه الضمان ؛ لأن ماله

---

(١) راجع : حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٦٩، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٤، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (الحفيد) ج٣ ص١٧٥٤، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٩، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش ج٥ ص١٣٣ــ١٣٤، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٧، وجاء فيه: " وذكر بعض الأندلسيين ما نصه: المبيع في مدة الخيار على ملك البائع فإن تلف فمصيبته منه، إلا أن يقبضه المشتري فمصيبته منه، إن كان مما يغاب عليه ولم تقم على تلفه بينه".

(٢) راجع: العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص١٩٩، ٢٠٠، وأسنى المطالب للأنصاري ج٢ ص٥٤، المجموع النووي، ج٩، ص٢٦٢، ٢٦٣، وحاشية أبي الضياء الشبراملسي على نهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٧.

تلف بيده أما إذا قبض المشتري المبيع وتلف بيده ، وكان الخيار للبائع ؛ ففي ذلك اختلف الحنابلة على رأيين:

الرأي الأول: ويرى أنصاره أن خيار البائع يبطل؛ لأنه خيار فسخ فيبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المبيع، وهذا هو رأي الخرقي[١].

أما الرأي الثاني: فيرى أنصاره أن خيار البائع لا يبطل وللبائع الفسخ ويطالب المشتري بقيمة المبيع أو مثله إن كان مثليًا، وهذا الرأي للقاضي وابن عقيل، وقد عللا رأيهما بالقول إن خيار البائع خيار فسخ ومن ثم فلا يبطل بتلف المبيع ؛ كما لو اشترى ثوبًا بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيبًا، فإنه يرده ويرجع بقيمته[٢] وكذا هاهنا.

القول الخامس : للزيدية، والإمامية ،و بعض الإباضية ،ويرى أصحاب هذا القول أن الضمان يقع على المشتري إذا قبض المبيع ؛ فالزيدية قالوا إن المبيع إذا تلف بعد القبض ضمنه المشتري بالثمن[٣]، ولم يميزوا بين خيار المشتري وخيار البائع ، وإنما جعلوا الضمان على المشتري في كل الأحوال، وإلى هذا الرأي ذهب الإمامية ؛ إذ جعلوا الضمان على المشتري بمجرد قبض المبيع[٤]، ولم يميزوا كذلك بين خيار المشتري وخيار البائع ، أما الإباضية فقد ذكر بعضهم أن المشتري إذا قبض المبيع وتلف بيده فعليه الثمن، وقيل القيمة، وقيل إن تلف بيده وكان الخيار للبائع فلا شيء على المشتري ؛ لأنه أمين

---

(١) هو: عمر بن الحسين بن عبد الله ، أبو القاسم ، الخرقي ، من بغداد ، سمي بذلك نسبة إلى بيع الخرق ، من كبار فقهاء الحنابلة ، رحل عن بغداد لما ظهر بها سب الصحابة في زمن بني بويه وتركت كتبه ببغداد فاحترقت قبل إن يتم نشرها ، ولم يبق منها سوى مختصره المشهور بـ"مختصر الخرقي" الذي شرحه ابن قدامة في المغني وغيره ، مات في سنة مائتين وواحد وستين للهجرة ، {راجع ترجمته في وفيات الأعيان لابن خلكان ج٣ ص٤٤١ ، وشذرات الذهب لابن العماد ج٢ ص٣٣٦ ،ومعجم المؤلفين لكحالة ج٧ ص٢٨٢ }.

(٢) راجع: الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٤، ٨٥، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٦، والإنصاف للمرداوي ج٨ ص٣٨٠، ومجلة الأحكام الشرعية لأحمد بن عبدالله القاري ص١٦٧-١٦٨ مطبوعات تهامة ، السعودية ، ط١ ١٩٨١م .

(٣)راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠، والتاج المذهب للصنعاني ج٢ ص٤٠٧.

(٤)راجع: كتاب المكاسب للأنصاري ج٢ ص٢٥٤ ، والمختصر النافع في فقه الإماميه للحلي ص١٤٥ .

فيه[١]، وقيل إن المشتري ضامن لقيمته ؛لأن الشيء لم يخرج من ملك البائع بعد ، وقيل إن تلف الشي ء فهو من ضمان الذي تلف بيده[٢] ،وقيل إن جعل الطرفان الشيء عند الغير وهلك فالضمان على البائع وقيل عليهما معا[٣] .

المطلب الرابع

أثر خيار الشرط في تسليم البدلين

يقصد بتسليم البدلين أن المبيع يسلم للمشتري ، والثمن يسلم للبائع ، وقد يكون ذلك التسليم طواعية، أو بالاشتراط ، وفيما يلي أبين التسليم طواعية ، والتسليم بالاشتراط:

أولا : تسليم البدلين طواعية:

يعد تسليم البدلين أثرًا من آثار العقد البات الذي لا خيار فيه، أما العقد الذي فيه خيار الشرط، فالأمر يختلف فيه؛ لأن دخول الخيار على العقد له تأثير واضح في تسليم البدلين، وفي ذلك قال الفقهاء المجيزون لخيار الشرط[٤] إن خيار الشرط إذا دخل على العقد اللازم الذي يحتمل الفسخ فلا يجب على العاقدين تسليم البدلين خلال مدة الخيار، حيث لا يجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري، ولا يقع كذلك على المشتري تسليم الثمن إلى البائع ما لم تمض مدة الخيار ، ويتخلص العقد من الخيار، وعندئذ يجب على العاقدين تسليم البدلين؛ لأن العقد أصبح باتًا.

قال الرافعي[٥] -في هذا الصدد-: " لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار". وعلى الرغم من أن الفقهاء قد قالوا بعدم وجوب

---

(١) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٨، ٢٧٩ ،

(٢) راجع : كتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧٦

(٣) راجع غاية المأمول في الفروع للبطاشي ج٥ ص٢٢٩

(٤) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٨، والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٦٧، والعزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص٢٠١، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٢.

(٥) راجع: العزيز شرح الوجيز ج٤ ص٢٠١.

تسليم البدلين في زمن الخيار، فإنهم قد أجازوا للعاقدين تسليم البدلين طواعية واختيـــارًا، ولكن كلمتهم في هذا الأمر لم تتفق جملة وتفصيلاً ، بل انقسمت على قولين :

القول الأول: للجمهور، وهم الأحناف، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية ، ويرى هؤلاء جواز تسليم البدلين طواعية، واختيارًا حيث يجوز للبائع أن يسلم المبيـــع للمشتري، ويحق للمشتري أن يسلم الثمن للبائع في مدة الخيار، على أن البـــائع إذا ســـلم المبيع للمشتري على جهة التمليك سقط خياره إن كان الخيار له[١].

القول الثاني: للمالكية ، وقد ذهبوا إلى مذهب الجمهور إجمالا ؛ إذ قالوا إنه يجوز للعاقدين تسليم البدلين طواعية، حيث يجوز للبائع أن يسلم المبيع إلى المشتري، ويجـــوز للمشتري أن ينقد الثمن للبائع طواعية، ولكن هناك بعض المسائل عند المالكية لا يجـــوز النقد فيها حتى وإن كان تطوعًا؛ كالسلم وإجارة الأرض بالخيار وغير ذلك، وهي كل مـــا يتأخر قبضه بعد أيام الخيار لا يجوز النقد فيه؛ لأن المبيع إذا تأخر قبضه فإن تعجيل نقد الثمن في زمن الخيار يعد سلفًا في ذمة البائع، ولا يكون ثمنًا إلا بعد مضي مدة الخيـــار وانبرام العقد[٢].

وإذا كان تسليم البدلين يجوز طواعية، كما ذكر الفقهاء ؛ فإن تسليم أحـــد البـــدلين يجوز كذلك طواعية، ولكن قد يقوم أحد العاقدين بتسليم ما عنده ، ولا يقوم العاقد الآخـــر بتسليم ما عنده؛ كأن يقوم البائع بتسليم المبيع طواعية، ولا يقوم المشتري بنقد الثمن فهـــل يجب هنا إلزام المشتري بنقد الثمن أم لا؟

في الحقيقة لم يتناول الفقهاء هذه المسألة بوضوح سوى الأحناف، والشافعية، ومع ذلك لم تتفق كلمتهم حولها حيث انقسمت آراؤهم على قولين:

---

(١) راجع: جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٤، والبحر الرائق شرح كنز الرقائق لابن نجيم ج٦ ص١٠ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨١ ، والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٦٧ ، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨، وكتاب المكاسب للأنصاري ج٢ ص٢٥٤ .

(٢) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٥٨، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٩، والمقدمات الممهـدات لابن رشد(الجد) ج٢ ص٩٢، وجاء فيها: "... وأما النقد من غير شرط فجائز إلا فيما لا يمكن التناجز فيه بعد أمد الخيار كالسلم".

القول الأول: للشافعية ،وقالوا إذا تبرع أحد العاقدين بتسليم ما بيده لم يبطل خياره، ولكن لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، ويجوز للذي سلم أن يسترد ما دفعه، وهذا على رأي بعضهم، وقيل ليس له أن يسترده بل له أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم العقد[١].

القول الثاني: للأحناف ،وقد ذكروا أن المشتري إذا اشترى شيئًا من البائع وكان الخيار للمشتري فليس للبائع أن يطالب بنقد الثمن ما لم تمض مدة الخيار، أما إذا دفع المشتري الثمن فيجبر البائع على دفع المبيع إليه، والحال كذلك إذا دفع البائع المبيع إلى المشتري أجبر المشتري على دفع الثمن ، هذا إذا كان الخيار للمشتري، أما إذا كان الخيار للبائع ونقد المشتري الثمن، وأراد أن يقبض المبيع ومنعه البائع ، فيجوز ذلك للبائع غير أنه يجبر البائع على رد الثمن الذي استلمه وقيل إن هذا الرأي لأبي يوسف[٢].

وقيل إن الخيار إذا كان للبائع فإنه يملك مطالبة المشتري بالثمن بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري فلا يستطيع مطالبته بالمبيع[٣]، ولعل هذا الاختلاف مبني على الاختلاف بين رأي أبي حنيفة والصاحبين فيما يخص ملك المبيع في زمن الخيار.

ثانياً : تسليم البدلين بالاشتراط

١ ــ اشتراط تسليم المبيع:

إذا اشترط أحد العاقدين تسليم المبيع فيجوز له أن يتسلم المبيع لغرض التجربة والاختبار وأمر تسليم المبيع لغرض التجربة مباح عند جميع الفقهاء المجيزين لخيار الشرط. قال محمد الشيباني[٤] -في هذا الصدد-: "وإذا ركب المشتري وله الخيار دابة لينظر سيرها وينظر إليها فهو على خياره، وكذلك لو كان قميصا فلبسه ينظر إلى قدره عليه فهو على خياره وإن لبسه بعد ذلك فقد رضيه".

---

(١) راجع : العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص٢٠١.

(٢) راجع: الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٢.

(٣) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١٠، ١٥، والفتاوى الهندية ج٣ ص٤٢.

(٤) راجع: كتاب الأصل ج١ ص١٤١.

وقال ابن قدامة[١]: "إن تصرف المشتري بالمبيع جائز شريطة أن يكون الهدف من التصرف هو تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قـدر طحنها وعلف الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك لأن المقصود من الخيـار هـو اختيـار المبيع".

وقد اشترط المالكية أن تكون التجربة محصورة في الأشـياء غيـر المثليـة، أي الأشياء التي تعرف بعينها ؛ كالقيميات، وعندهم يجوز اشتراط تـسليم المبيـع للاختبـار والتجربة فقط، أما إذا اشترط المشتري تسليمه بهدف التروي في الثمن لمعرفة رخصه من غلائه، أو ليؤامر نفسه فيه فلا يجوز تسليمه المبيع؛ لأن ذلك يصح حتى وإن كان المبيع عند مالكه، وقال بعضهم يجوز قبضه إن كان ليعاود النظر فيه أو ليختبر المبيع[٢].

<u>٢- اشتراط تسليم الثمن:</u>

اشتراط تسليم الثمن إلى البائع، فيه خلاف بين الفقهاء حيث ظهر لهم قولان فـي هذه المسألة:

<u>القول الأول</u>: للجمهور[٣] ، وهم الأحناف، والشافعية، والحنابلة ، ويرى هؤلاء أنه يجوز اشتراط النقد في البيع الذي اقترن به خيار الشرط، وتعليل ذلك عندهم أن نقد الثمن يعد حكما من أحكام العقد، ومن ثم يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن ينقده الثمن، فإذا تم العقد صار الثمن مملوكا للبائع والمبيع للمشتري، وإذا تم الفسخ ، وجب على البائع رد الثمن إلى المشتري، وفي هذا الصدد قال ابن قدامة[٤]: " ولا بأس بنقد الثمن وقـبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي وكرهه مالك قال: لأنه في معنى بيع وسلف، إذا أقبضه الثمن ثم تفا سخا البيع صار كأنه أقرضه إياه".

<u>القول الثاني</u>: للمالكية ، وقالوا إنه لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب ولا بعيد؛ لأن ذلك بمثابة بيع وسلف، فيكون مرة ثمنًا إن اختار المشتري الإمضاء،

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨١.

(٢) راجع: مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤١٤ـ٤١٥.

(٣) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٦٦، والمغني لابن قدامة ج٤ ص٨٦، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٨.

(٤) المغني ج٤ ص٨٦.

ومرة سلفًا إذا اختار الرد، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع للتردد بين السلف والثمن[١]، كذلك إذا تواطأ على النقد قبل عقد البيع، ولم يشترطاه في عقد البيع فذلك بمنزلة الشرط ولا يجوز[٢]، والمنع عند المالكية ينطبق على المبيع من المثليات، أما إذا كان من العقارات فيجوز اشتراط نقد الثمن[٣].

ولم يسلم هذا الرأي من النقد، والمؤاخذة، حيث قيل إنه رأي ضعيف[٤] ؛ لأن نقد الثمن يعد حكمًا من أحكام العقد فيجوز أن يتم في مدة الخيار ؛ ولأن القبض كذلك أثر من آثار العقد، ومن ثم فلا ضرر من قبض الثمن في مدة الخيار، وما لا ضرر فيه لا يمنع منه ؛ لأن امتناع التسليم قبل انقضاء الخيار حق للمتعاقدين؛ ولذلك فإذا تراضيا على النقد جاز؛كالإقالة[٥] وغيرها، كما أن نقد الثمن في مدة الخيار لا يعد بيعا وسلفاً ، ولا يؤدي إليه، وليس في معنى القرض الذي يجر منفعة ؛لأن احتمال التصرف في الثمن غير جائز في مدة الخيار بسبب وجود الخيار.

ومما سلف يتبين اتفاق الفقهاء القائلين بجواز خيار الشرط على جواز تسليم البدلين في مدة الخيار؛ حيث يجوز للبائع أن يسلم المبيع للمشتري، ويجوز للمشتري أن يسلم الثمن للبائع، ولا يسقط خيار من كان له منهما بالتسليم، إلا إذا كان تسليم المبيع على وجه التمليك لا الاختبار وخاصة حين يكون الخيار للبائع. كما أجاز جمهور الفقهاء اشتراط تسليم المبيع أو نقد الثمن، ولم يخالفهم في ذلك سوى المالكية الذين قالوا بعدم جواز اشتراط نقد الثمن في زمن الخيار إذا كان المبيع من المثليات، أما إذا كان عقارا فيجوز اشتراط نقد الثمن في زمن الخيار.

---

(١) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٩، والمقدمات الممهدات لابن رشد (الجد) ج٤ ص٩١، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٢٧ـ ٢٨، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ج٥ ص١١٤.

(٢) راجع: مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤١٧.

(٣) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ،ص١٥٦، وجاء فيها: "... وأما العقار فيجوز فيه اشتراط النقد مطلقا" .

(٤) وقد ذكر ابن رشد ذلك إذ قال: "وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع، وفيه ضعف" (راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص ٣٤٣)

(٥) راجع: المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٦٦ـ ٢٦٧، والمغني لابن قدامة ج٤ ص٨٦

وبناء على ما سلف يظهر أن رأي الجمهور هو الراجح لقوة أدلتهم ؛ ولأن اشتراط النقد لا ضرر منه، وما لا ضرر منه يجوز فعله، وهذا يعود للمتعاقدين فلهما شرط ذلك طالما وأن هذه الشرط يحقق مصلحتهما، والله أعلم .

المطلب الخامس

آثار خيار الشرط في القانون اليمني

في هذا المطلب سيتم دراسة آثار خيار الشرط في القانون المدني اليمني ، وذلك من خلال بيان النصوص القانونية التي عالجت آثر هذا الخيار في صفة العقد، وانتقال الملك، والزوائد الحاصلة في المبيع، وهلاكه ، وتسليم البدلين في زمن الخيار، وتفصيل ذلك يأتي تباعًا على النحو الآتي:

أولاً : أثر خيار الشرط في صفة العقد:

الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة، ولا يجوز لأي طرف من أطرافها أن يفسخها أو يرجع عنها بإرادته المنفردة بعد أن انقضى مجلس العقد[1]، بيد أن الخيارات إذا دخلت في بعض العقود اللازمة زلزلت لزومها، وصارت غير لازمة في حق المتعاقدين معًا إن كان الخيار لهما معا ، أو في حق أحدهما إن كان الخيار له وحده .

وقد ذكر المشرع اليمني ماهية العقد اللازم ، وبين كذلك أثر خيار الشرط في صفة هذا العقد ؛ حيث نصّت المادة (١٤٤) على أن العقد اللازم هو الذي " لا يحق لأحد العاقدين فسخه بعد تمامه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة، وإن كان يجوز فسخه بالتراضي أو بحكم القاضي وتثبت فيه الخيارات" .

---

(١) راجع: فسخ العقد للدكتور/ عبد الحميد الشواربي ص٩، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط٣ ١٩٩٧م ، والعقد غير اللازم للدكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص١٩ ، إصدارات جامعة الكويت ، الكويت، ١٩٩٩م ، وتوحيد تقنيات الأزهر للشريعة الإسلامية (البيوع) للدكتور / عبد الناصر توفيق العطار ج١ ص٤٥٩، النسر الذهبي ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ومصادر الالتزام في القانون المدني للدكتور / محمد شريف أحمد ص١٢١ ، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٩م ، والعقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الأماراتي للدكتور / وهبة الزحيلي ص٣٢، دار الفكر للطباعة ، دمشق ، ١٩٨٧م .

السيارة تظل للبائع خلال مدة خيار الشرط ، وتظل كذلك ملكيتها للبائع حتى وإن كان الخيار للطرفين معا (البائع والمشتري) .

وبناء على ذلك يتضح أن موقف المشرع اليمني يتفق مع ما قرره جمهور الفقهاء"الحنفية والمالكية في المعتمد عندهم،والزيدية في الراجح ووجه للشافعي ورواية للحنابلة وقول للإمامية والإباضية ؛ لأنهم قالوا إن ملك المبيع في زمن الخيار للبائع، ويتفق كذلك مع رأي الأحناف ، ولاسيما حين يكون الخيار للعاقدين معاً .

وعلى هذا الأساس فالخيار إذا اقترن بالعقد اللازم يمنع انتقال الملك ؛ وفقاً للقانون المدني اليمني ؛ إذ يظل العقد معلقا ، ولا تترتب آثاره بسبب وجود المانع، وهو خيار الشرط ، ويظل الأمر هكذا حتى تنقضي مدة الخيار فإذا انقضت المدة لزم العقد، وانتقل ملك المبيع إلى المشتري، وملك الثمن إلى البائع، إن كان الخيار لهما معا، أما إذا كان الخيار للبائع وحده، فالمبيع لا ينتقل عن ملكه إلا إذا مضت المدة ، أو أجاز العقد ، والحال كذلك إن كان الخيار للمشتري وحده ؛ فلا تنتقل إليه ملكية المبيع إلا إذا أجاز العقد أو مضت المدة ، ويظل الثمن في ملكه.

وعلى ذلك فإن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا عند انقضاء المدة ، أو في حالة إجازة العقد من قبل صاحب الخيار سواء أكان المشتري أم البائع ، وإذا انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري في حالة إجازة العقد ، فهل تنتقل إليه من وقت التعاقد ، أم من حين الإجازة ؟

الواقع أن المشرع اليمني لم يجب عن هذا التساؤل ؛ إذ لم ينظم هذه المسألة في الأحكام المتعلقة بخيار الشرط حيث ترك تنظيمها للقواعد العامة ، والحقيقة أن القواعد العامة قد ذكرت مسألة الأثر الرجعي الذي يترتب على تحقق الشرط ، حيث نصت المادة (٢٦٥) على أنه : "إذا تحقق الشرط رجع أثره إلى وقت التعاقد إلا إذا تبين من إرادة العاقدين أو من لازم العقد أن وجوده أو زواله إنما يكون في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، ولا يكون للشرط أثره إذا أصبح تنفيذ العقد قبل تحقق الشرط غير ممكن .." .

ومن هذا النص يتضح أن أثر تحقق الشرط يستند إلى وقت انعقاد العقد لا وقت تحقق الشرط ، فلو طبقنا هذا النص على أثر خيار الشرط في انتقال ملك المبيع في حالة إجازة العقد، ظهر جلياً أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري في حالة إجازة العقد من وقت

التعاقد ، وليس من وقت الإجازة، وهذا بصفة عامة ، وبذلك فقد تقرر الأثــر الرجعــي للزوم العقد المقترن بخيار الشرط ، فإذا كان الخيار للمشتري مثلاً ، وتم إجازة العقد تبين أن ملكية المبيع قد انتقلت إليه من وقت التعاقد لا من وقــت الامــضاء ، وعلــى ذلــك فالإمضاء هنا تقرير للملك لا نقل له ؛ وكأن أصل ملك المشتري قد حصل بالعقــد عنــد التعاقد، والظاهر أن المشرع قد أخذ بالنية المحتملة للعاقدين؛ إذ افترض أن الطرفين قــد أرادا أن يسندا أثر تحقق الشرط إلى وقت إبرام العقد، ، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع قــد أورد بعض الاستثناءات التي بموجبها يستبعد الأثر الرجعي، ومنها اتفاق الطرفين علــى استبعاد الأثر الرجعي؛ لأن فكرة الأثر الرجعي غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجــوز للطرفين الاتفاق على خلافها ؛ فهي مجرد تفسير لنية المتعاقــدين فمتــى أراد الطرفــان استبعادها كان لهما ذلك ، كما يمتنع الأثر الرجعي للشرط إذا أصبح تنفيذ العقد قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب خارج عن الإرادة ؛ كما لو هلك المبيع .

ومع أن المشرع اليمني قد أخذ برأي المالكية فيما يخص انتقال الملك فــي زمــن الخيار كما هو واضح من المادة (٥٢٤) ؛ فإنه (المشرع) قد خالف المالكية في المعتمــد عندهم ، حيث إن المادة (٢٦٥) من القانون المدني اليمني لا تتفق مع رأي المالكية ؛ لأن هذه المادة تتحدث عن مسالة الأثر الرجعي للشرط، أي أن ملكيــة المبيــع تنتقــل إلــى المشتري من حين التعاقد لا من وقت الإجازة ، وهذا بعكس المالكية الذين يرون أن المبيع يظل مملوكا للبائع طيلة مدة الخيار، ولا تنتقل ملكيته عن البائع إلا في حالة الإمــضاء ، ويكون نقل الملك من وقت الإمضاء لا من وقت التعاقد ؛ لأن الإمضاء في نظرهم نقل لا تقرير .

ومع ذلك فإن المادة (٢٦٥) تتفق من حيث المضمون مع ما قــرره الأحنــاف، والشافعية، والزيدية، والإمامية ؛لأن هؤلاء الفقهاء قالوا إن ملكيــة المبيــع تنتقــل إلــى المشتري من تاريخ العقد عند الإجازة إذا كان الخيار للعاقدين معا أو لواحد منهما.

وإذا حاولنا استخلاص الرأي الذي انتهى إليه المشرع اليمني في مسالة أثر الخيار في انتقال الملك يتضح أن ما ذهب إليه المشرع اليمني محل نظر ؛ لأن المعالجة التــي قدمها في النصوص المذكورة سالفا منقوصة ، ولا تتفق مع الرأي الفقهي الــذي ظهــر رجحانه سلفا(رأي الشافعية والزيدية والأحناف) ، ويبدو أن موقف المشرع بحاجة إلــى

مراجعة؛ ولذلك أرجو أن ينص في الأحكام المتعلقة بخيار الشرط على أن ملـــك المبيـــع ينتقل في زمن الخيار إلى من له الخيار من المتعاقدين إن كان الخيار لواحد منهما ، أمـــا إذا كان لهما معا فالملك يكون للبائع حتى ينقضي الخيار، على أن ينتقل الملك للمـــشتري عند الامضاء من وقت التعاقد لا من وقت الامضاء .

هذا في حالة الإجازة ، أما إذا تم فسخ العقد ، فيترتب على ذلك إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، بمعنى أن المشتري إذا قبض المبيع ،وجب عليه رده مع زوائده[1] ، ويجب على البائع رد الثمن إلى المشتري ، وهذا ما عالجته القواعد العامة في القانون المدني اليمني ؛ إذ نصت المادة (٢١٩) على أنه : "يجوز فسخ العقد بخيار مـــن الخيارات أو بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ ، ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد" .

<u>ثالثا : أثر خيار الشرط في زوائد المبيع:</u>

قد تطرأ على المبيع زوائد معينة كالسّمن أو الصوف أو البيض أو الثمرات فـــي الأرض أو نتاج المصانع الكبرى أو المزارع، وكل هذه الزوائد قد تحصل في أثناء مـــدة خيار الشرط، فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: لمن تكون هذه الزوائد؟، هل للبـــائع أم للمشتري أم يتـــم التوقف فيها حتى انتهاء مدة الخيار وظهور المالك للمبيع فعندها تكـــون له؟.

في هذه المسألة لم يضع المشرع اليمني جواباً شافياً ، حيث لم يذكر صراحة حكم الزوائد التي تحصل في أيام الخيار، وقد ترك أمر تحديدها للقواعد العامة، ولم يكن فـــي ذلك صائباً ، لأن الزوائد ولاسيما المنفصلة منها، قد تكون ضخمة؛ كنتـــاج المـــصانع أو المزارع وغير ذلك، وكان الصواب في الأمر أن يحددها منعًا للنزاع والشقاق الذي قـــد يحصل بين الطرفين.

ومع ذلك فالحكم في هذه الزوائد سيكون تأسيساً على ما سلف فـــي حكـــم انتقـــال الملك، وفي ذلك يمكن التعويل على المادتين (٥٢٤) و (٢٦٥) ؛ فالمادة (٥٢٤) حددت أن

---

(١) راجع : مصادر الالتزام للدكتور / عبد الناصر توفيق العطار ص ١٦٣ ، مؤسسة البستاني للطباعـــة ، القاهرة، ١٩٩٠م.

ملك المبيع يظل للبائع خلال مدة الخيار، والمادة (٢٦٥) حددت الأثر الرجعي للزوم العقد ، ومن خلال التوفيق بين حكم هاتين المادتين يظهر أن الزوائد المنفصلة تكون للبائع ؛ لأن ملكية المبيع تكون له خلال مدة الخيار، ومن ثم فمن غير المعقول أن يجعل المشرع ملكية المبيع للبائع ، ولا يجعل له ملكية الزوائد ، وعلى هذا الأساس يبدو أن ملكية الزوائد في مدة الخيار تكون للبائع .

أما الزوائد المتصلة فهي تابعة للمبيع ، وتكون أيضاً لمن استقر له الملك ؛ وبذلك فإن موقف المشرع اليمني لم يكن صائبا ؛ لأنه لم يعالج مسالة الزوائد بوضوح ، وكان المستحسن أن يعالج هذا الأمر بالاستناد إلى الرأي الفقهي الذي ظهر رجحانه سلفا ، وهو للزيدية، والشافعية نظرا لما لهذا الرأي من أهمية عملية واضحة في معالجة مسألة الزوائد الحاصلة في زمن الخيار؛ حيث يرى أنصار هذا الرأي التوقف في ملكية الزوائد حتى يتبين المالك الحقيقي للمبيع .

<u>رابعا : أثر خيار الشرط في تبعة الهلاك:</u>

القاعدة العامة عند فقهاء القانون الوضعي، أن المبيع إذا هلك هلاكاً كليّاً قبل التسليم، وهو مازال بيد البائع، وكان الهلاك بسبب لا يد له فيه ؛كالقوة القاهرة وغير ذلك، فتبعة الهلاك تكون على البائع ، ولاسيما إذا كان المبيع من القيميات[1]؛ لأن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية؛ ولذا فإن تبعة الهلاك تقع عليه قبل التسليم بوصفه المالك الذي يكسب الغنم، ويجب عليه أن يتحمل الغرم[2] ؛ ولهذا فإن تبعة الهلاك ترتبط هنا بتسليم المبيع لا بانتقال الملكية[3].

---

(١) راجع: ، العقود المسماة (البيع –الايجار– التامين) للدكتور / عبد الناصر توفيق العطار ، دار النشر الذهبي ، القاهرة، ص١٦٠–١٦١ ،القاهرة، ٢٠٠٠م ، وشرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب و مجدي صبحي خليل ص١٨٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨م .

(٢) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور / عبد الرزاق السنهوري ج٤ ص٥٣١–٥٣٢، منشاة المعارف ، الإسكندرية ،طبعة ٢٠٠٤م ، وشرح العقود المسماة للدكتور / رمضان أبو السعود ص٢٩٦–٢٩٧ ، الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،ط٢ ٢٠٠٣م .

(٣) راجع: شرح أحكام عقد المبيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب، و مجدي صبحي خليل ، مرجع سابق ص ١٨٣ .

والملاحظ أن المشرع اليمني لم يحدد أثر خيار الشرط في تبعة الهلاك ؛ فالمعلوم أن المبيع قد يهلك في أثناء مدة الخيار؛ كأن تتحطم السيارة ،وتصبح غير صالحة للاستعمال، أو تموت الدابة ، أو نحو ذلك فهنا من الذي يتحمل تبعة الهلاك أهو البائع أم المشتري؟ في هذه المسألة لم أجد علاجاً شافياً من المشرع اليمني، بل ترك أمر ذلك للقواعد العامة.

والنصوص الواردة في القواعد العامة عالجت تبعة الهلاك قبل التسليم في البيع البات الخالي من الخيار، وهذا ما تم العثور عليه في المادة (٥٣٤) التي نصت على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم (القبض) لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إنذار (إعذار) المشتري لتسليم المبيع المعين بذاته وتقاعس المشتري عن ذلك بلا عذر فيكون الهلاك على المشتري".

ويتضح من هذا النص أن المبيع إذا هلك وهو بيد البائع (قبل التسليم) انفسخ البيع شريطة أن يكون هذا المبيع من القيميات أي المعين بذاته، أما المثليات فيستطيع البائع أن يأتي بمثلها من السوق، ويجب أن يكون سبب الهلاك بقوة قاهرة لا يد للبائع فيها.

كما نصت المادة (٢٢٤) على أنه: "إذا تلف المعقود عليه في المعاوضات المالية وهو في يد صاحبه ولو كان ذلك بسبب لا يد له فيه انفسخ العقد تبعاً لذلك ووجب أن يرد العوض الذي قبضه للعاقد الآخر".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد قرر أن تلف المبيع يكون على المالك (البائع) إذا تلف قبل التسليم ، ولاسيما في العقود المالية الملزمة للجانبين ؛كعقد البيع، وعندئذ ينفسخ العقد ويجب على البائع أن يرد ما قبضه من عوض .

وتطبيقاً للمادتين المذكورتين سلفاً ، يتبين أن تبعة الهلاك في العقد المقترن بخيار الشرط تقع على البائع قبل التسليم ؛لأن أحكام تبعة الهلاك في العقد المقترن بخيار الشرط هي نفس أحكام تبعة الهلاك في العقد المطلق[1]، وعلى ذلك ينفسخ العقد، ويسقط الخيار بهلاك المبيع، ويلزم البائع رد الثمن إذا كان قد قبضه، أما إذا لم يقبضه فلا يحق له أن يطالب المشتري به ؛ لأن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم لا بانتقال الملك، ومن ثم فإن المبيع إذا لم يتسلمه المشتري بعد، بل هلك وهو مازال في يد مالكه ، فمن البدهي أن يكون الضمان عليه،

(١) راجع: أحكام الخيار للدكتور العلفي مرجع سابق ص٢٧١.

وبذلك فإن موقف المشرع اليمني هنا لا يختلف عن موقف غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط الذين قالوا إن تبعة الهلاك تقع على البائع قبل تسليم المبيع.

أما إذا هلك المبيع ، وهو بيد المشتري بعد قبضه له(بعد التسليم) ؛ فإن تبعة الهلاك تقع عليه انطلاقاً من أن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم كمـــا هـــو واضـــح مـــن النـــصين الماضيين.

<u>خامسا : أثر خيار الشرط في تسليم البدلين:</u>

الأصل في البيع الباتّ الخالي من الخيار، أن تسليم البدلين (المبيع ،والثمن) هو أثر من آثار العقد ؛ إذ يجب على المشتري أن يسلم الثمن للبائع، ويجب كذلك على البائع أن يسلم المبيع للمشتري.

وقد ورد حكم هذه المسألة في القانون المدني اليمني ، وذلك في المادتين (٥٢٩) و (٥٥١) حيث نصت المادة (٥٢٩) على أنه : "يلزم البائع تسليم المبيع إلـــى المـــشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ويشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أُعد بصفة دائمة لاستعماله"، ونصت المادة (٥٥١) على أنه : "يلزم المشتري أداء الثمن للبائع فـــي المكان والزمان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ".

أما بالنسبة لتسليم البدلين في مدة خيار الشرط فلم يتم ذكرها مـــن قبـــل المـــشرع اليمني فى الأحكام الخاصة بخيار الشرط ، وكان الأحرى معالجة هذه المسألة ؛ لأن تسليم المبيع أحياناً يكون في غاية الأهمية خاصة إذا كان بهدف تجربة المبيع، والنظـــر فيـــه ؛ ولذا فلم يسلك المشرع مسلك الفقهاء المجيزين لخيار الشرط ، والذين قالوا بجواز تـــسليم البدلين في مدة الخيار ؛ ولذلك فإن الاعتماد على القواعد العامة لا يفـــي بمعالجـــة هـــذا الأمر، والمفترض علاجه بنص قانوني يبيح فيه المشرع اليمني للمتعاقدين حرية تـــسليم البدلين دون قيود في أثناء مدة خيار الشرط .

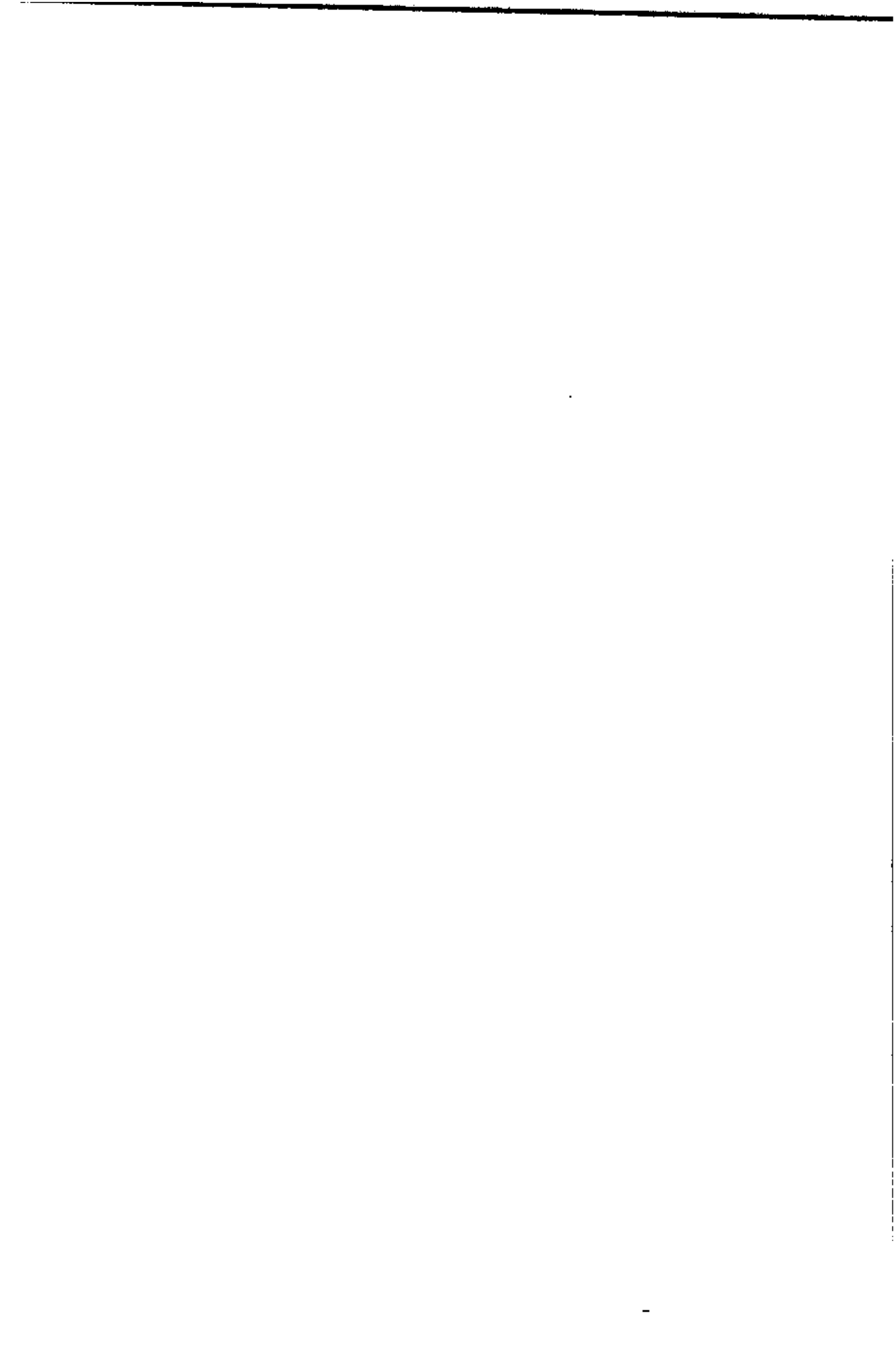
<u>سادسا : موازنة بين موقف القانون المدني، وآراء الفقهاء</u>

بعد أن تم ذكر الآثار المترتبة على دخول خيار الشرط في العقود المالية التي تقبله في كل من الفقه الإسلامي ، والقانون المدني اليمني ، تبين أن المشرع اليمني لم يعـــالج آثار خيار الشرط علاجا ناجعا ؛ حيث إنه قد سكت عن تنظيم كثير من الآثار ، واكتفـــى

بالقواعد العامة ، وهذا مسلك غير صائب كما ظهر لي ؛لأن ترك بعض الآثار دون تنظيم من شأنه أن يؤدي إلى اللبس، والتضارب في أحكام المحاكم عند التنازع بين الأطراف ؛ ولذا يتوجب على المشرع أن ينظم جميع آثار خيار الشرط بالاستناد إلى الآراء التي ظهر رجحانها؛ لأن الفقهاء قد تناولوا هذه المسالة بصورة مفصلة لا لبس فيها، ولا غموض.

الفصل الثالث

مُسقطات خيار الشـــرط وتطبيقاته المعاصرة



المبحث الأول
مُسقطات خيار الشرط

تمهيد وتقسيم:

هناك أسباب عديدة تؤدي إلى سقوط خيار الشرط ؛ فقد يسقط بسبب من الأسباب الاختيارية ؛ كالإجازة أو فوات المدة دون استعمال الخيار ، وقد يسقط بسبب من الأسباب الاضطرارية ؛ كهلاك المبيع أو نقصانه أو تعييبه أو موت صاحب الخيار أو جنونه أو نحو ذلك ، والأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الخيار تسمى المُسقطات ، وقد خصص هذا المبحث لدراستها عند الفقهاء المسلمين، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك في ستة مطالب ، خُصصت خمسة منها لدراسة المسقطات عند الفقهاء، وخُصص الأخير لبيان المسقطات في القانون المدني اليمني، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : إجازة العقد أو فسخه

المطلب الثاني : مضي مدة الخيار

المطلب الثالث : موت صاحب الخيار

المطلب الرابع : الجنون وحالات الغيبوبة كمسقطات للخيار

المطلب الخامس: التغيرات التي تطرأ على محل الخيار

المطلب السادس: مسقطات خيار الشرط في القانون المدني اليمني



المطلب الأول
إجازة العقد أو فسخه

من المعلوم أن العقد في أثناء مدة الخيار يكون غير لازم في حق صاحب الخيار، فقد يكون غير لازم في حق المشتري إذا كان له الخيار، أو غير لازم في حق البائع إن كان له الخيار، والحال كذلك حين يكون الخيار للعاقدين معًا.

وللإجازة والفسخ دور كبير في هذا الأمر؛ إذ بالإجازة يتحول العقد المقترن بخيار الشرط من عدم اللزوم إلى اللزوم؛ لأن الخيار ـ كما تقدم ـ يجعل العقد غير لازم، وبالإجازة يسقط الخيار، ويصير العقد لازمًا، ويسقط الخيار كذلك في حالة الفسخ ، وسأذكر فيما يلي مضمون الإجازة والفسخ، مع بيان مسألة العلم بهما.

أولا : مضمون الإجازة والفسخ:

يجوز لصاحب الخيار أن يجيز العقد أو يفسخه، فإن أجازه سقط خياره ، وصار العقد لازمًا ، أما إذا فسخه فإن خياره يسقط أيضًا، وتنتهي الرابطة العقدية بينه وبين العاقد الآخر ، ويعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد[١]، فإذا كان الخيار للعاقدين معا ؛ فلهما أن يتفقا على إجازة العقد أو فسخه ، وإن اختلفا فاختار أحدهما الفسخ ، والآخر الإمضاء ؛ فالقول لمن اختار الفسخ ؛ لأن الفسخ أقوى من الإجازة ، والمسوخ لا تلحقه الإجازة ؛ ولأن مختار الإمضاء قد اسقط حقه من الفسخ وبقي حق الآخر[٢] .

---

(١) يلاحظ أنه يجوز لصاحب الخيار أن يفسخ العقد ثم يرجع في ذلك ويجيزه إذا رضي بذلك الطرف الآخر ، أما إذا رفض فالخيار يسقط ولا يستطيع صاحبه استعماله مرة أخرى . راجع :جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٢ .

(٢) راجع :المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٥ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٠ ، وشرح المجلة لسليم الباز ص١١ .

والإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ؛ فالصريحة هي كل لفظ يدل على الرضـا بلزوم العقد ؛ كأن يقول صاحب الخيار أجزت العقد أو رضيت به، أو أسقطت خياري أو نحو ذلك سواء علم المشتري أم لم يعلم(١)، فلو أجاز العقد فإنه لازم منذ الإجازة.

والضمنية هي كل فعل يدل على الرضا بلزوم العقد، وتظهر هذه الإجازة بطريــق الدلالة؛ كأن يتصرف صاحب الخيار في محل الخيار تصرف الملاك، فإذا كــان الخيـــار للمشتري ، وتصرف بالمبيع تصرف الملاك ؛كأن يعرض المبيـــع للبيـــع، أو يرهنــــه أو يؤجره أو يستهلكه كان ذلك إجازة فعلية يلزم بها العقد، أما إذا كان الخيار للبائع وتصرف بالثمن بعد قبضه فتصرفه هذا يدل على أنه قد اختار إجازة العقد دلالة.

ومن الجدير بالذكر أن الإجازة القولية لابد أن تكون ألفاظها صريحة في إمـــضاء العقد، فإذا كان الخيار للمشتري ، وقال هويت أخذ المبيع أو أعجبني أو أحببت أخـــذه، لا يسقط خياره(٢)؛ لأن هذه الألفاظ لا تُعد من الألفاظ الصريحة في إمضاء العقــد، كمـــا لا يجوز لصاحب الخيار أن يختار بقلبه لتعلق الأحكام بالظاهر لا بالباطن(٣).

أما الفسخ فهو كالإجازة، حيث يكون صريحًا أو ضمنيًا، فالفسخ الصريح هو كـــل لفظ يدل على عدم الرضا بلزوم العقد ؛ كفسخت العقد أو نقضته أو رفضته أو استرجعت المبيع، ونحو ذلك، وينبغي أن يكون هذا الفسخ بألفاظ صريحة العبارة .

والفسخ الضمني أو الفعلي، هو كل فعل يدل على عدم الرضا بلزوم العقد ؛ كـــأن يتصرف البائع صاحب الخيار في المبيع بالبيع أو نحو ذلك، وتصرفه هذا يدل على أنه قد أسقط خياره؛ لأن هذا التصرف يعد فسخًا فعليًا للعقد، والحـــال كـــذلك إن كـــان الخيـــار

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٠ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٩ــ٥١٠.

(٢) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٠ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخـرين ج٣ ص٤٢، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٢.

(٣)راجع: جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص ٢٤٢. وجاء فيه: "تكون الإجازة الضمنية في حالـــة أن يشتري الشخص دارًا على أنه بالخيار فيها، فبيعت دار أخرى بجنبها في المدة وطلبها بطريق الـشفعة فهذا الطلب رضي بتملك الدار الأولى ؛ لأن طلب الشفعة بها يقتضي إبطال الخيار وإجــازة الـشراء ؛لأن الشفعة لا تصير إلا بالمالك . راجع كذلك : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ج٢ ص٢٩.

للمشتري وتصرف في الثمن إذا كان عينًا تصرفًا ناقلاً للملكية[١]، فهذا يدل على أن المشتري قد فسخ العقد فسخًا ضمنيًا، ومن ثم فإن خياره يسقط[٢].

ومن الجدير بالذكر أن الفسخ أو الإجازة بطريق الدلالة من الأمور التي يمكن تقديرها بناء على العرف ، ومقتضى الحال، فإذا فعل المشتري في المبيع فعلاً لا يحتاج فيه للامتحان، ولا يحل في غير الملك بحال، فهذا الفعل يدل على أنه قد أسقط خياره، وفسخ العقد دلالة، أما إذا كان فعل المشتري بالمبيع للامتحان والاختبار فهو على خياره ، وعلى ذلك فلا يجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر ما يحصل به اختبار حاله ، وتجربته فيما يراد له على الوجه المتعارف عليه[٣].

وقد ذكر الفقهاء أمثلة من الواقع ميزوا فيها بين التصرف الدال على تجربة المبيع، واختباره، والتصرف الدال على نقل الملك، ولتوضيح الصورة يكفي أن اذكر ما ورد في الدابة والدار والثوب ؛ ففي الدابة قالوا إن ركبها المشتري(صاحب الخيار) لقضاء أغراضه الشخصية فهذا التصرف يدل على أنه قد أجاز البيع، أما إن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفًا أو يردها إلى مالكها؛ فهذا لا يكون إجازة ، وإنما هو على خياره ، وكذلك الحال لو ركبها ليعرف سيرها فهو على خياره.

---

(١) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٠ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٢.

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٠ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٩ ، وقد جاء حكم الإجازة، والفسخ في نصوص مجلة الأحكام العدلية حيث نصت المادة ٣٠٣ على أن: "الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع ؛ كأجزت ورضيت ، والفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضا ؛ كفسخت وتركت". أما المادة (٣٠٤) فقد نصت على أن: "الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا ، والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضا مثلاً لو كان المشتري مخيرًا وتصرف بالمبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان إجازة فعليه يلزم بها البيع وإذا كان البائع مخيرًا وتصرف بالمبيع على هذا الوجه كان فسخًا فعليًا للبيع". راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٥٠–٢٥١ ، راجع كذلك: المغني والشرح الكبير لابني قدامة ج٤ ص٨٢ ، وكتاب المنتقي للباجي ج٥ ص٥٩ ، وروضة الطالبين للنووي ج٣ ص٤٥٤ ، ومغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٤٩، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠.

(٣) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤١٥

أما إذا كان المبيع دارًا فسكنها أو أجرها أو رممها ؛ فهذه الأفعال تـدل علـى أن المشتري قد أجازَ البيع؛ لأنها تدل على اختيار الملك، كذلك في الثـوب مـثلاً إذا لبـسه المشتري مرة لمعرفة الطول والعرض فلا يسقط خياره؛ لأن هذا التصرف يـدل علـى الاختبار والنظر، أما إذا لبسه مرة أخرى فخياره يسقط ؛ لأنه لا حاجة إلى تكرار اللـبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة[١] ،والواقع يمدنا بأمثلة كثيرة تميز بـين التصرفات التي تكشف عن الملك والتملك ، وتلك التي يكون الهدف منها الاختبار والنظر.

والمستخلص مما سلف أن سقوط خيار الشرط قد يكون بالإجازة أو الفـسخ بنـاءً على إرادة من له الخيار، على أنه ينبغي أن يكون الفسخ أو الإجازة في كل المبيع فيما تم بيعه صفقة واحدة ، ولا يجوز الفسخ أو الإجازة في بعض المبيع ؛ لأن هذا يعدا تفريقـا للصفقة قبل تمامها ، وسواء أكان المبيع واحدا أم متعددا ، وسواء تـم القـبض أم لا[٢] ، وإذا تعدد أصحاب الخيار ، وأجاز بعضهم سقط الخيار بالنسبة للجميع ، ولـزم العقـد ، وهذا ما قاله أبو حنيفة ، وقال الصاحبان لا يسقط الخيار عمن لم يجز العقد ، وهو علـى خياره[٣]، وعلى الرغم من وجاهة هذين الرأيين ؛ فان الأفضل كما يبدو -والله اعلم- أن يتفق أصحاب الخيار على الإمضاء أو الرد ؛ لأنهم بمثابة طرف واحـد ، وإذا مـضت المدة، ولم يتفقوا سقط خيارهم ، ولزمهم العقد حتى لا يتضرر الطرف الآخر .

<u>ثانيًا : العلم بالفسخ :</u>

لا خلاف بين الفقهاء على أنه لا يشترط إعلام الطرف الآخر إذا أجاز العقد من له خيار الشرط سواء أكانت الإجازة صريحة أم ضمنية، غير أنهم اختلفوا حول مسألة فسخ العقد على قولين:

١ــ <u>القول الأول</u>: لأبي حنيفة ومحمد والزيدية ، ويرى أصحاب هذا القول أنه إذا فـسخ من له الخيار لا يجوز الفسخ إلا أن يكون الآخر عالمًا بالفـسخ، وإذا فـسخ دون علـم

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٨ ، وشرح الزر قاني على مختصر خليـل ج٥ ص١١٣ ، والشرح الكبير للدر دير وحاشية الدسوقي ج٤ ص١٥٥ ، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤١٥ .

(٢) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٤٨

(٣) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٤

المتعاقد الآخر فالفسخ يكون موقوفًا ، وهذا في حالة الفسخ بالقول، وقد قيل إن أبا يوسف قد ذهب إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد في رأيه الأول ، ثم رجع واختلـف معهمـا، وقال: يجوز للعاقد أن يفسخ بغير علم العاقد الآخر.

والملاحظ أن الخلاف الحاصل بين الأحناف في هذه المسألة ينحصر حول الفـسخ القولي أما الفسخ الفعلي فلا خلاف فيه عندهم؛ إذ يجوز لصاحب الخيار أن يفسخ العقد في حضرة الطرف الآخر أم في غيبته[١].

وبناءً على رأي أبي حنيفة ، ومحمد فصاحب الخيار إذا كان المشتري مثلاً، وفسخ في مدة الخيار، وبلغ هذا الفسخ البائع في مدة الخيار تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد، وبطل ذلك الفسخ؛ لأن المدة مضت دون فـسخ، ولـو فـسخ المشتري العقد ، ولم يعلم البائع بالفسخ ثم عاد المشتري ، وأجاز العقد خلال مدة الخيـار فله ذلك مادامت المدة لم تمر، ولم يصل الفسخ السابق إلى علم البائع ، وعندئذ يلزم العقد ويبطل فسخه السابق[٢].

وقد احتج أبو حنيفة ومحمد لرأيهما بالقول إنه بالفسخ يكون الفاسخ قد ألزم غيـره حقًا، وهذا الحق لا يكون إلا إذا علم به الطرف الآخر ، وقاسوا ذلك على الموكل ؛ إذ قالا إنه لا يجوز للموكل أن يعزل الوكيل حال غيبته، ولا يثبت حكم العزل ما لم يعلـم بـه الوكيل، كما قالا: إن هذا العقد منعقد مع خيار الشرط ، وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حـق الآخر، وحكم الفسخ ضد حكم العقد ؛ ولذا فالشخص الفاسخ قد ألزم غيره حقًا لم يعلم به، كما قالا: إن حكم الخطاب في حق المخاطب لا يثبت ما لم يعلم به كما هو الحـال فـي خطاب الشرع، فهو لا يثبت ما لم يعلم به المكلف[٣] .

---

(١) والمراد بالحضرة عند الأحناف : علم المتعاقد الآخر ، لأن الشرط في الفسخ هـو العلـم أي الإخطـار ، وإنما كني بالحضرة ، أما الغيبة فيقصد بها : عدم علم المتعاقد الآخر ــ أي عدم إخطاره ــ للتفصيل في ذلك راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٤ ، والفتاوى الهنديـة لنظـام وآخـرين ج٣ ص٤٣ ؛ والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧٨ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٢٨ــ٢٩.

(٢) راجع : المبسوط للسر خسي ج١٣ ص٤٤ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٣

(٣) راجع: المبسوط للسر خسي ج١٣ ص٤٥ .

وأجيب عن حجتهما بالقول إن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر عند الفسخ إن كان هناك ضرر سيلحق به ، فهو من جراء تقصيره ؛ لأنه لم يستكشف عن المدة أو البيع هل فسخ أم لا ؟ ، أما قياس الغير على الوكيل فهو قياس مع الفارق؛ لأن الوكيل في البيوع مسلط على التصرف بغير علم الموكل بموجب الوكالة التي يحملها، أما الشخص في خيار الشرط فيتمكن من الفسخ ؛ لأن العقد غير لازم في حقه ، وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه[١].

وقد ذهب الزيدية إلى رأي أبي حنيفة ومحمد، غير أن لهم بعض الاختلافات ؛ فالزيدية قالوا: إذا فسخ صاحب الخيار فلا يتم ذلك حتى يعلم العاقد الآخر فإذا كان حاضرًا يكون الفسخ في حضوره، وإن كان غائبًا لزم أن يرسل إليه أو يكتب إليه ولا يعتبر رضاؤه، فلو تعذر حضور الطرف الآخر ناب عنه الحاكم ، ويكون الفسخ في محضره؛ فإن لم يوجد حاكم فمن صلح من الناس[٢]، وعلى هذا الأساس فالزيدية يشترطون حضور الطرف الآخر سواء أكان الفسخ بالقول أم بالفعل ؛ ولذا فإذا فسخ أحد العاقدين في غيبة الآخر فلا يتم الفسخ حتى يعلم الآخر.

والملاحظ هنا أن الزيدية قد خالفوا الأحناف في مسألة الفسخ الفعلي فرأيهم أنه من الضروري علم الطرف الآخر في حالة الفسخ سواء أكان فعلياً أم قولياً أما الأحناف فلا يشترطون علم الطرف الآخر في حالة الفسخ الفعلي.

<u>القول الثاني</u>: للجمهور، وهم المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والشيعة الإمامية[٦]، ويرى هؤلاء أنه يجوز لمن له الخيار أن يفسخ العقد في محضر من صاحبه أم في غيبته، ودليلهم في ذلك أن صاحب الخيار قد استخدم حقه وفسخ العقد بناءً على

---

(١) المرجع السابق ج١٣ ص ٤٥

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٦

(٣) راجع : كتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٩ ، والمعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٨.

(٤) راجع : المهذب في فقه الشافعي للشيرازي ج٢ ص٦ ، والحاوي الكبير للماوردي ج٥ ص٧٠ والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٣٢.

(٥) راجع : الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٧ ، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٥.

(٦) راجع : تذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٤٠

السلطة التي حصل عليها بموجب خيار الشرط؛ ولذا يجوز له فسخ العقد في غيبة الآخــر كالطلاق؛ لأن الفسخ معنى ينقطع به الخيار ، وليس من شروطه رضا العاقدين به، ومادام الأمر كذلك، فيجوز أن يكون بغير حضورهما؛ ولذا فمن حق الفاسـخ أن يفـسخ بغيبـة الطرف الآخر؛ لأن كل من لم يحتج رفع العقد إلى رضاه، لم يحـتج رفـع العقـد إلـى حضوره ؛ولأن العاقد الآخر قد يخفي نفسه طيلة مدة الخيار حتى تنقضي المـدة، وهـذا سيلحق ضررًا بصاحب الخيار(١).

ومما سلف يبدو لي أن لكل قول من هذين القولين ما يبرره ويجعله صائبًا، وقبـل أن أقرر الرأي الذي أميل إليه، أشير إلى أن خيار الشرط ينشأ باتفـاق الطـرفين عليـه بمحض إرادتيهما واختيارهما، وعند اتفاقهما على شرط الخيار فقد قـررا ضـمنيًا مبـدأ الفسخ أو الإجازة ، وبمحض رضاهما، ومادام الأمر كذلك فما الداعي إلى إلزام الفاسـخ بإعلام الطرف الآخر طالما وأنه في علمه أن العقد مهدد بالفسخ في أي لحظة من لحظات الخيار، وهذا هو أصل هذه المسألة، وهو أمر لا غبار عليه في ظل عدم العثـور علـى المتعاقد الآخر أو صعوبة الوصول إلى محله، وهذا ينطبق على الزمن الماضي في ظـل انعدام المواصلات وصعوبتها.

ولذلك فالجمهور من غير الأحناف والزيدية قد أسسوا رأيهم على هذا الأساس وهو رأي وجيه ــ ولا شك في ذلك ــ، وله ما يبرره ولكن ما الذي يضير الفاسخ إذا أخطــر الطرف الآخر ، بالفسخ ولاسيما في زماننا هذا الذي شهد تطورًا ملموسًـا فـي وسـائل المواصلات باعد بين ذلك الزمان وزماننا هذا .

ولذا فمن السهل على الطرف الراغب فى الفسخ أن يقوم بإخطار العاقد الآخر وهذا الرأي هو ما قاله الأحناف والزيدية ــ وهو ما أميل إليه؛ لأنه يحقق المـصلحة ويرفـع الضرر المحتمل على الطرف الآخر؛ لأن الطرف الآخر قد يظـن أن صـاحب الخيـار مازال على خياره مدة الخيار، ولأن المبيع في زماننا هذا قد يكـون مـن الأشـياء ذات الأثمان الباهظة ؛ كالمصانع والمزارع والشركات والمصارف وغير ذلك، فإذا فسخ أحـد

(١) راجع : المهذب في فقه الشافعي للشيرازي ج٢ ص٦ ، وكشاف القناع للبهوتي ج ص٢٠٥ ، والمعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٨ــ٦٩ ، وكتاب المنتقى شـرح موطـا مالـك للباجي ج٥ ص٥٩.

العاقدين دون إخطار الطرف الآخر، فقد يتضرر الأخير بسبب نتاج هذه المبيعات أو بسبب تقلب الأسعار أو غير ذلك.

ولذا يبدو والله أعلم أن الوسائل متاحة، ولا مجال للتنصل من قبل الطرف الراغب في الفسخ، ولكن إذا افترضنا أن البائع قد لجأ إلى حيلة ؛ كأن يخفي نفسه في مكان ما حتى تمر المدة ويصبح البيع باتًا ، أو أنه اختفى في ظروف قاهرة ؛ كالحروب أو الفيضانات أو غير ذلك، فعندئذ يجوز للمشتري (صاحب الخيار) أن يرفع الأمر إلى القاضي لينصب خصما عن البائع ، ويرد المشتري المبيع عليه ، وهذا ما ذكره الأحناف والزيدية[1] أو إشهاد رجل، أو رجلين من العدول على الفسخ ، وهذا ما استحسنه بعض الفقهاء[2] ؛لأنه يمنع المنازعة ، ويؤدي إلى استقرار المعاملات.

(١) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٥ ، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٤ ، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٦ .

(٢) راجع : التهذيب في فقه الشافعي للبغوي ج٣ ص٣٣٢ ، وجاء فيه: "... ويجوز الفسخ بخيار الشرط من غير حضور صاحبه وعلمه، غير أن المستحب أن يُشهد حتى لا يؤدي إلى المنازعة"

المطلب الثاني
مضـــي مـــدة الخيـــار

ويعني ذلك أن المدة المحددة للخيار قد انتهت، دون أن يستعمل صـــاحب الخيـــار خياره، والمدة إذا مضت سقط الخيار؛ لأنه مؤقت، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجـــود الغاية[١]؛ ولذا فإن خيار الشرط يزول بزوال المدة المقررة له، وهذا الأمر لا خلاف حوله بين الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، غير أنهم اختلفوا حول أثر سقوط الخيار من ناحيـــة لزوم العقد، وقد انقسمت آراؤهم في هذا الشأن على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لجمهور المجيزين لخيار الـــشرط[٢]، وهـــم الأحنـــاف، والـــشافعية، وجمهور الحنابلة، والزيدية ،والإمامية، والإباضية ، وقد تحدث هؤلاء عن انقضاء مـــدة الخيار وتأثير ذلك على سقوط الخيار، حيث ذكروا أن المدة إذا مضت ، وسكت من لـــه الخيار دون أن يفسخ أو يجيز فقد لزم العقد وتم، وبذلك يسقط خياره ، ولا يحق له فـــسخ العقد بعد ذلك؛ لأن الخيار إنما يثبت في مدته ويبطل بمرورها ، ويصير العقـــد لازمًـــا بزوال الخيار المانع من تمامه[٣]، وبذلك يصير المبيع ملكًا للمشتري، والثمن ملكًا للبائع.

وقد علل الجمهور رأيهم بالقول إن سكوت صاحب الخيار ، وعدم استعمال خياره خلال هذه المدة ، دليل على أنه قد أراد إمضاء العقد؛ لأن تمام المدة دلالة علـــى لـــزوم

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩١.

(٢) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٣٣، والبناية في شرح الهداية للعينـــي ج٦ ص٢٨٠، وحاشـــية قليوبي وعميرة ج٢ ص١٩٥، وحواشي الشرواني وابن قاسم ج٤ ص٣٤٧ ، والمغني والشرح الكبير لابني قدامة ج٤ ص٧٨ ، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٠ ، والتاج المـــذهب للعنـــسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨ ، ومنهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٥ ، ٣٧ ، وشرائع الإسلام للحلـــي ج١ ص١٧٠، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفـــيش ج٩ ص٢٦٣، وكتـــاب الإيـــضاح للـــشماخي ج٦ ص١٧١ ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي القفـــال ج٤ ص٢٦، دار البـــاز ، عمّـــان ، الأردن ، ١٩٨٨م .

(٣) راجع: تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٩ ، ودرر الحكام شـــرح مجلـــة الأحكـــام لعلـــي حيـــدر ج١ ص٢٥١، وقد نصت المادة ٣٠٥ من المجلة على أنه: "... إذ مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم..." كما نصت المادة ٢٤٣ من مرشد الحيران على أنه: "يتم العقد المشروط فيـــه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار بدون فسخ ولا إجازة العقد ممن شرط له الخيار" راجع: مرشـــد الحيـــران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري ص٤٠.

الثمن إن كان قد دفعه ، أما على رأي ابن الماجشون وأشهب فالمبيع يلزم من بيده عند انقضاء مدة الخيار ، ولا يحق للمشتري أن يرد المبيع.

القول الثالث : للقاضي من الحنابلة ، ويرى أن مدة الخيار إذا انقضت لا يلزم العقد بمضيها؛ لأن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الأجل في حق المولي(١)، وعلى ذلك إذا مضت المدة يؤمر صاحب الخيار بالفسخ ، وإن لم يفعل فسخ عليه الحاكم(٢).

والمعنى المستخلص من هذا الرأي أن المدة إذا مضت دون أن يستعمل صاحب الخيار خياره يسقط الخيار ولا يلزم العقد؛ إذ لا ينتقل المبيع إلى ملك المشتري، ولا ينتقل كذلك الثمن إلى ملك البائع، بل يجب على صاحب الخيار أن يفسخ، وفي هذه الحالة يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد المشتري المبيع إن كان تحت يده، ويرد البائع الثمن إن كان قد قبضه ، ويجب أن يؤمر صاحب الخيار بالفسخ فإذا لم يفسخ، يجب على الحاكم أن يفسخ العقد .

وقد علل القاضي رأيه هذا بالقول إن مدة الخيار شُرطت لمصلحة صاحب الخيار فإذا لم يستعمل خياره خلالها فلا يجب أن يصير العقد لازمًا في حقه؛ لأن المدة حق له لا حق عليه.

ومع ذلك لم يسلم هذا القول من النقد إذ أُجيب عنه بالقول: إن مدة الخيار ملحقة بالعقد، وبانقضائها تبطل كالأجل، كما أن الحكم ببقائها يؤدي إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها كما أن البيع يقتضي اللزوم، وإنما ارتفع اللزوم بسبب الشرط ؛لأنه عارض، وإذا انتهت المدة سقط الخيار، وصار العقد لازمًا بمضي المدة(٣).

ومما سلف يبدو أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح ؛ لأن المدة إذا مضت سقط الخيار ولزم العقد ؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد ، وقد اتفق عليها الطرفان برضاهما وقناعتهما

---

(١) راجع : المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٨، والمولي: هو الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر. راجع الشرح الكبير لابن قدامة ج٨ ص٥٠٣ ، والروض المربع للبهوتي ص٤١٣.
(٢) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٢٧٨.
(٣)راجع: المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٨، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٠، ٧١.

المطلب الثاني
مضي مدة الخيار

ويعني ذلك أن المدة المحددة للخيار قد انتهت، دون أن يستعمل صاحب الخيار خياره، والمدة إذا مضت سقط الخيار؛ لأنه مؤقت، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية[1]؛ ولذا فإن خيار الشرط يزول بزوال المدة المقررة له، وهذا الأمر لا خلاف حوله بين الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، غير أنهم اختلفوا حول أثر سقوط الخيار من ناحية لزوم العقد، وقد انقسمت آراؤهم في هذا الشأن على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لجمهور المجيزين لخيار الشرط[2]، وهم الأحناف، والشافعية، وجمهور الحنابلة، والزيدية ،والإمامية، والإباضية ، وقد تحدث هؤلاء عن انقضاء مدة الخيار وتأثير ذلك على سقوط الخيار، حيث ذكروا أن المدة إذا مضت ، وسكت من له الخيار دون أن يفسخ أو يجيز فقد لزم العقد وتم، وبذلك يسقط خياره ، ولا يحق له فسخ العقد بعد ذلك؛ لأن الخيار إنما يثبت في مدته ويبطل بمرورها ، ويصير العقد لازمًا بزوال الخيار المانع من تمامه[3]، وبذلك يصير المبيع ملكًا للمشتري، والثمن ملكًا للبائع.

وقد علل الجمهور رأيهم بالقول إن سكوت صاحب الخيار ، وعدم استعمال خياره خلال هذه المدة ، دليل على أنه قد أراد إمضاء العقد؛ لأن تمام المدة دلالة على لزوم

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩١.

(٢) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٣٣، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٨٠، وحاشية قليوبي وعميرة ج٢ ص١٩٥، وحواشي الشرواني وابن قاسم ج٤ ص٣٤٧ ، والمغني والشرح الكبير لابني قدامة ج٤ ص٧٨ ، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٠ ، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨ ، ومنهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٥ ، ٣٧ ، وشرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٦٣، وكتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧١ ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي القفال ج٤ ص٢٦، دار الباز ، عمّان ، الأردن ، ١٩٨٨م .

(٣) راجع: تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٩ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٥١، وقد نصت المادة ٣٠٥ من المجلة على أنه: "... إذ مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم..." كما نصت المادة ٢٤٣ من مرشد الحيران على أنه: "يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار بدون فسخ ولا إجازة العقد ممن شرط له الخيار" راجع: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري ص٤٠.

العقد[١] وعلى رضا صاحب الخيار به، غير أنه يلاحظ أن الزيدية قالوا بسقوط الخيار إذا سكت من له الخيار وكانَ عاقلاً، أما إذا كان غير عاقل كالنائم والمغمى عليه فلاَ يـسقط خياره بانقضاء المدة حتى يعقل فإذا عقل فله أن يفسخ فورًا ، وإن لم يفسخ فـورًا بطـل خياره[٢].

القول الثاني: للمالـــكية ، وقد صرحوا بسقوط الخيار بمضي المدة، لكنهم قـالوا إن العقد لا يكون لازمًا بمرور مدة الخيار إلا إذا انتهت المدة ، والمبيع بيد المشتري ســواء أكان الخيار له أم للبائع أم لهما معًا، أما إذا مرت المدة، والمبيع تحت يد البائع فالخيـار يسقط ، ولكن العقد لا يلزم؛ لأنهم يرون أن المدة إذا مضت يلزم المبيع ردًا أو إمضاءً من كان بيده من المتعاقدين سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري أم لهما معــاً وســواء كــان المبيع بيد من له الخيار أم بيد من ليس له الخيار.

وقد عللوا رأيهم هذا بالقول إن ترك المبيع بيد البائع دليل على الفسخ وعدم الرغبة في إتمام العقد إن كان الخيار للمشتري، وإن كان الخيار للبائع فهو دليـل علـى الفـسخ أيضًا، أما ترك المبيع بيد المشتري فهو دليل على الإمضاء سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع أم لهما معًا[٣].

ومن الجدير بالذكر أن المالكية قد منحوا صاحب الخيار مهلة محددة للـرد بعـد انقضاء مدة الخيار؛ إذ يرى مالك وابن القاسم أن مدة خيار الشرط إذا مضت ولم يختـر من له الخيار فله أن يرد السلعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار ومن الغد وقـرب ذلك[٤]؛ فإن تباعد فليس له ردها،

---

(١) راجع: البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٨٠ ، وشرائع الإسلام للحلي ج٧ ص٣٣٩.
(٢) راجع: التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨.
(٣) راجع : شرح الزرقاني على مختصر خليل ج٥ ص١١٤، والفـروق للقرافـي ج٥ ص٣٤، وحاشـية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٥٦ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦ ، وتبيين المسالك شرح تدريب السالك للإحسائي (شرح محمد الموريتاني) ج٣ ص٣٨٣
(٤) ويقصد بقرب ذلك اليوم واليومان، إما التباعد فهو ثلاثة أيام فأكثر، راجع: شرح الخرشي على مختـصر خليل ج٥ ص٤٦٠ ، وكتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٩.

وخالفهما في ذلك ابن الماجشون[١] وأشهب حيث قالا: إن الأيام إذا مضت بلياليها فلا رد له فإن رد قبل غروب الشمس من آخرها فذلك له.

وقد علل مالك وابن القاسم رأيهما بالقول إن العاقد قد يعوقه عائق يمنعه من إتمام إمضاء العقد أو فسخه مع حاجته إلى ذلك ؛ ولذا سمحا له بالرد خلال يوم أو يومين[٢] بعد انتهاء المدة الأصلية للخيار، وقيل إن قولهما هذا لا يكون إلا حين ينص الطرفان على تحديد المدة ، إما إذا وقع الخيار دون أن ينص على تحديد مدته فالعقد يلزم[٣] من بيده بانقضاء المدة، وقيل إن قولهما يجري على الإطلاق سواء ذُكرت المدة أم لم تذكر؛ لأن ظاهر المدونة الإطلاق لا التقييد[٤] ، وقد علل ابن الماجشون وأشهب رأيهما بالقول إن اشتراط المدة يقتضي توقيتها، والمنع من الزيادة عليها كأجل الدين[٥].

وبناءً على رأي مالك وابن القاسم فإنه يجوز للمشتري إذا كان الخيار له أن يرد المبيع في خلال يوم أو يومين على الأكثر بعد انقضاء المدة والمبيع بيده ، فإن لم يرد فقد تم البيع وصار لازمًا ، فإن رد في خلال المهلة المحددة سقط خياره وانفسخ العقد واسترد

---

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التميمي بالولاء، أصله من فارس ومعنى الماجشون: المورّد ، أي ما خالط حمرته بياض، كان فقيهًا وفصيحًا ، أثنى عليه ابن حبيب ، وكان يرفعه على أكثر أصحاب مالك ، وكان ضريرًا أو عمي في آخر عمره ، و قد مات في سنة اثنتي عشرة ومائة للهجرة [راجع ترجمته في: الأعلام للزر كلي ج٤ ص٣٠٩، والديباج المذهب لابن فرحون ج١ ص١٥٣].

(٢) المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٣٢، وجاء فيها: "أن مالكاً سُئل عن رجل باع سلعة على أن المشتري بالخيار ثلاثًا فقبض المشتري السلعة فلم يردها حتى مضت أيام الخيار ثم جاء بها ليردها بعدما مضت أيام الخيار، أيكون له أن يردها أم لا؟ قال : إن أتى بها بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار أو من الغد أو قرب ذلك بعد مضي الأجل رأيت أن يردها وإن تباعد ذلك لم أرَ أن يردها". راجع كذلك : شرح الزر قاني على مختصر خليل ج٥ ص١١٤، وكتاب المنتقي للباجي ج٥ ص٥٩ ، والفواكه الدواني للنفراوي ج٢ ص١٢٥، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٠ ، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤١٦.

(٣) راجع : شرح الزر قاني على مختصر خليل ج٥ ص١١٤، والشرح الكبير للدر دير مع حاشية الدسوقي ج١ ص١٥٥، ١٥٦.

(٤) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١٥٦.

(٥) راجع: كتاب المنتقي للباجي ج٥ ص٥٩.

الثمن إن كان قد دفعه ، أما على رأي ابن الماجشون وأشهب فالمبيع يلزم من بيده عند انقضاء مدة الخيار ، ولا يحق للمشتري أن يرد المبيع.

القول الثالث: **للقاضي من الحنابلة** ، ويرى أن مدة الخيار إذا انقضت لا يلزم العقد بمضيها؛ لأن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الأجل في حق المولي[1]، وعلى ذلك إذا مضت المدة يؤمر صاحب الخيار بالفسخ ، وإن لم يفعل فسخ عليه الحاكم[2].

والمعنى المستخلص من هذا الرأي أن المدة إذا مضت دون أن يستعمل صاحب الخيار خياره يسقط الخيار ولا يلزم العقد؛ إذ لا ينتقل المبيع إلى ملك المشتري، ولا ينتقل كذلك الثمن إلى ملك البائع، بل يجب على صاحب الخيار أن يفسخ، وفي هذه الحالة يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد المشتري المبيع إن كان تحت يده، ويرد البائع الثمن إن كان قد قبضه ، ويجب أن يؤمر صاحب الخيار بالفسخ فإذا لم يفسخ، يجب على الحاكم أن يفسخ العقد .

وقد علل القاضي رأيه هذا بالقول إن مدة الخيار شُرطت لمصلحة صاحب الخيار فإذا لم يستعمل خياره خلالها فلا يجب أن يصير العقد لازمًا في حقه؛ لأن المدة حق له لا حق عليه.

ومع ذلك لم يسلم هذا القول من النقد إذ أُجيب عنه بالقول: إن مدة الخيار ملحقة بالعقد، وبانقضائها تبطل كالأجل، كما أن الحكم ببقائها يؤدي إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها كما أن البيع يقتضي اللزوم، وإنما ارتفع اللزوم بسبب الشرط ؛لأنه عارض، وإذا انتهت المدة سقط الخيار، وصار العقد لازمًا بمضي المدة[3].

ومما سلف يبدو أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح ؛ لأن المدة إذا مضت سقط الخيار ولزم العقد ؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد ، وقد اتفق عليها الطرفان برضاهما وقناعتهما

---

(١) راجع : المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٨، والمولي: هو الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر. راجع الشرح الكبير لابن قدامة ج٨ ص٥٠٣ ، والروض المربع للبهوتي ص٤١٢.

(٢) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨.

(٣)راجع: المغني لابن قدامة ج٤ ص٧٨، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٠، ٧١.

وحددا مداها ، وعند زوالها ينبغي أن يسقط الخيار ، ويلزم العقد ويتم البيع ؛ لأن العقـد في الأصل كان لازمًا قبل الخيار ، ولكن توقف لزومه بسبب الخيار وهـو عـارض أو مانع؛ فإذا زال المانع عاد الممنوع، وخيار الشرط هو المانع الذي منع العقد من اللـزوم فإذا زال الخيار عاد العقد إلى اللزوم انطلاقاً من القاعدة الشرعية التي تـنص علـى أن "المانع إذا زال عاد الممنوع " .

وعلى ذلك وجب أن يعود العقد إلى أصله (اللزوم) ؛ لأن سكوت صاحب الخيار وعدم استعمال خياره دليل على أنه معرض عن الخيار ولا يرغب فيه ، ومن ثـم فـإن سكوته يجب أن يحسب عليه لا له .

ولهذا فإن سقوط الخيار ، ولزوم العقد بمضي المدة هو بمثابة جزاء يوقـع علـى صاحب الخيار ؛ لأنه علق العقد مدة معلومة ، ولم يستفد من هذه المدة بل إن القول بعدم لزوم العقد فيه ضرر بالطرف الآخر الذي ظل في انتظار مصير الخيار، ثم يفاجأ بـأن البيع يفسخ ، فقد تفوته بعض المنافع ؛ لأن المبيع قد يكون ذا أهمية اقتـصادية كبـرى ؛ كالمصانع والشركات الكبرى والمحلات التجارية وغيرها، وهذا ما ظهـر ، والله أعلـم بالصواب.

المطلب الثالث

مـــوت صاحب الخيار

إذا افترضنا أن صاحب الخيار قد مات خلال مدة خيار الشرط فهل يسقط خياره أم ينتقل إلى ورثته إن كان له ورثة؟

في الإجابة عن هذا السؤال اختلفت آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للأحناف[١] والزيدية[٢] ،والشافعية في قول ضعيف[٣]،والإباضية على قول[٤]، وسفيان الثوري[٥]، ويرى أصحاب هذا القول أن من مات من المتعاقدين خلال مدة خيار الشرط بطل خياره، ولا ينتقل إلى ورثته ، ويصبح العقد لازمًا بموته، فإذا كان الخيار لهما معًا ، وماتا جميعًا فقد انقطع الخيار ولزم البيع ، وإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته فالمبيع يصبح مملوكاً للمشتري ، أما إذا كان الخيار للمشتري ومات فالمبيع يصبح مملوكا لورثته بلا خيار ، ويسقط الخيار كذلك بموت وكيل البيع إذا باع بالخيار أو الوصي إذا باع بالخيار أو المالك إذا باع بالخيار لغيره كما يسقط عمن باع بنفسه أو من شرط له الخيار، ويتم البيع في هذه الحالات جميعها ولا يورث[٦] .

---

(١) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٢ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٤، وكتاب الأصل لمحمد الشيباني ج١ ص١٢٥ .

(٢) راجع: التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٥، وعيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار لابن المرتضى ص٢٦٨ ، دار الكتاب ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ .

(٣) راجع : العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعي ج٤ ص١٨٢، وقد جاء فيه: "إن بعض أئمتنا خرج قولاً عن خيار المجلس في خيار الشرط أنه لا يورث " والمستفاد من هذا القول أن خيار الشرط يسقط بموت من له الخيار ، ولا ينتقل إلى ورثته، وقد ذكر النووي هذا الرأي وقال إنه شاذ. راجع المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٤٦ .

(٤) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٥ ص٢٦٤.

(٥) ذكر الطحاوي أن سفيان الثوري يرى : بأن صاحب الخيار إذا مات بطل خياره وتم البيع ولا ينتقل الخيار إلى الورثة، (راجع: مختصر اختلاف العلماء ج٣ ص٥٣) .

(٦) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣١ ، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٤ .

وقد استدل أصحاب هذا القول بعدد من الأدلة التي تؤيد وجهة نظرهم ، ومنها:

١) قالوا: إذا باع أو اشترى على أنه بالخيار، ثم مات في مدة الخيار لزم العقد ، ولا يثبت الخيار للوارث ؛ إذ لا يحق له أن يتخير بين فسخ العقد وإمضائه؛ لأن شرط الخيار في الأساس لم يوجد منه ابتداءً بل جاء من الأصيل، وإثبات الخيار له على هذا الأساس يكون من غير وجود، كما أن مدة الخيار ملحقة بالعقد شرطًا فلا تبقى بعد موت من هي له[١] .

٢) قالوا: إن خيار الشرط مشيئة وإرادة، والمشيئة والإرادة صفة شخصية للفرد، ومن ثم فإذا مات صاحب الخيار فلا تنتقل هذه المشيئة إلى غيره؛ لأن الأوصاف الشخصية لا تقبل الانتقال بأي حال من الأحوال، بل تفنى بفناء صاحبها ؛ وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث[٢].

وأجيب عن هذا الدليل بأن خيار الشرط يمكن أن يعد وصفًا في الشخص إذا كان هذا الوصف لا تعلق له بالمال، أما إذا كان له تعلق بالمال فلا يعد وصفًا شخصيًا؛ لأن تعلقه بالمال وصف له، والمال يورث بأوصافه وكل ما هنالك الوصف القائم بالعاقد وهو إرادة الفسخ أو الإمضاء، ومع ذلك فإن الوارث يقوم مقامه لأنه خليفته[٣].

٣) قالوا: إن المتعارف عليه أن الوارث يرث ما بقي من تركة الموروث، وهنا خيار الشرط كان للميت ، وبعد موته لا يبقى بل ينقطع؛ لأن خياره مجرد مشيئة أعطيت له ليختار الفسخ أو الإمضاء، ولا يتصور منه ذلك بعد موته فلا تورث هذه الصفة بخلاف خياري العيب والتعيين ؛ لأن الموروث في خيار العيب استحق المبيع سليمًا؛ فكذا الوارث؛ لأنه ورث هذا الخيار؛ ولأنه بالعيب فات الجزء السليم؛ فللمورث أن

---

(١) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٢–٤٣، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٤ ، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي ج٣ ص٥٣.

(٢) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٢–٤٣، وكتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٥، ورؤوس المسائل للزمخشري ص٢٧٣ ، دار البشائر، بيروت، لبنان ط١ ١٩٨٧م .

(٣) راجع: الحاوي الكبير للماوردي ج٥ ص٥٩، وتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، بهامش التهذيب في فقه الشافعي للبغوي ج٣ ص٣١٥، ٣١٦ .

يطالب بذلك الجزء الفائت؛ فيقوم الوارث مقامه في ذلك؛ ولذا يثبت الخيار للـــوارث فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث، وأما خيار التعيين فإنه يثبت للوارث ابتداءً لاختلاط ملكه بملك غيره [١].

القول الثاني: للمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة على قول[٤] والـشيعة الإماميـــة[٥] والإباضية على القول الراجح عندهم[٦] ويرى أصحاب هذا القول أن صاحب الخيـــار إذا مات في مدة الخيار المضروبة لا يبطل خياره ، ولا يصبح العقد لازمًا بموته، بل يقـــوم ورثته مقامه في الفسخ والإجازة، إن كان الخيار لواحد من المتعاقدين، أما إذا كان لهمـــا معًا وماتا جميعًا، فالخيار ينتقل إلى ورثتهما.

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني، ج٧ ، ص٢٩٤.

(٢) راجع: المدونة الكبرى للإمام مالك ج٣ ص٢٠٨، وقد أجاب مالك حين سئل عن الرجل إذا اشترى السلعة بالخيار ثم مات في أيام الخيار هل يكون لورثته الخيار؟ قال مالك ردًا على هذا السؤال: 'لورثته من الخيار ما كان للميت'. راجع كذلك: المعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٧، وكتـــاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٩

(٣) موسوعة الإمام الشافعي 'كتاب الأم' ج٣ ص١٤ دار قتيبة، دمشق، ط١ ١٩٩٦م ، وأسـنى المطالـــب للأنصاري ج ص٤٩، المهذب للـــشيرازي ج٢ ، ص٦، والتهـــذيب فـــي فقـــه الـــشافعي للبغـــوي ج٣ ص٣١٦ـــ٣١٧، واختلاف الفقهاء للطبري ص٤٠، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، د-ت ، وحليـــة العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي القفال ص٣٣ .

(٤) راجع: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٦ ، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٩٣، وجاء فيه: "أن هناك رأيًا لأبي الخطاب الحنبلي ورد في عيون المسائل في مسألة حل الدين بالموت رواية فيه يـــرى أن خيار الشرط يورث كالأجل وخيار الرد بالعيب".

(٥) راجع: منهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٦، وجاء فيه: 'أنه إذا مات البائع قبل إعمال خيـــاره انتقـــل الخيار إلى ورثته فلهم الفسخ برد الثمن إلى المشتري، ولو مات المشتري كان للبائع الفسخ ورد الـــثمن إلى ورثته' ويلاحظ هنا أن الشيعة لم يجعلوا الخيار ثابتًا لورثة المشتري إذا مات وكان له الخيار ، بـــل تركوا الأمر للبائع إذ يجوز له فسخ البيع أو الإمضاء.

(٦) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٦٣، وجاء فيه: 'من مات منهما في مدة الخيار، وكان له الخيار، كان الخيار لورثته ولم يلزمه البيع بالموت؛ لأن الخيار من صفة البيع، وقد انتقل إلـــيهم المبيع، وإن اشترطاه وماتا كان لورثتهما" ، وجاء في كتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٧١ : " وان مات الذي اشترط الخيار فورثته مقامه ؛ فيرثون ماله من الحقوق في الخيار ؛ لأن الخيار في هذا صفة البيع ؛

ومن الجدير بالذكر أن المالكية قد وضعوا شروطًا معينة بموجبها ينتقل الخيار إلى الورثة ؛ فقالوا: إن صاحب الخيار إذا مات انتقل خياره في الأصل إلى ورثته إلاّ إذا كان عليه دَين محيط بماله فإذا كان الأمر كذلك واشترى بخيار ثم مات في زمن الخيار فالكلام عندئذ للغرماء وليس للورثة كلام إذا كان صاحب الخيار مفلسًا[١]، وقام الغرماء بمطالبته قبل موته وتأكد حينها أنه مُفلس ؛ لأن مجـــرد إحاطة الدين بمـــال صاحب الخيار الميت لا تـــكفي في انتقـــال الخيار إلى الغرماء ، بل لابد من تفليسه ، ولو بالمعنى الأعم[٢].

وعند انتقال الخيار للغرماء يصبح من حقهم أن يمضوا العقد أو يفسخوه، ولا دخل للوارث معهم، ولكن يجوز له أن يشتري المبيع بماله الخاص بعد رد الغرماء[٣]، أمـــا إذا كان الدين غير محيط بمال الميت؛ فإن الخيار ينتقل إلى ورثته ، ويكون لهم إمضاء العقد أو فسخه.

هذا وقد استدل أصحاب الرأي القائل بتوريث خيار الشرط بعـــــدد مـــن الأدلـــة، وهي:

١) قالوا إن خيار الشرط متروك، والمتروك يجري فيه الإرث ؛ ولذا يقـــوم ورثـــة الميت مقامه[٤]، ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: " وَلَكُمْ نِصْفُ مَـــا تَـــرَكَ أَزْوَاجُكُـــمْ ..."[٥]

---

(١) المفلس هو من يزيد دينه على موجوده ، وقد سمي مفلساً ؛ لأنه صار ذا فلس بعد أن كـــان ذا دراهـــم ودنانير إشارة إلى أنه صار لا يملك إلا أدنى الأموال ، وهي الفلوس أو سمي بذلك لأنه يمنع من التصرف إلا في الشيء التافه؛ كالفلوس أو أنه صار إلى حالة لا يملك فيها فلساً. راجـــع نيـــل الاوطـــار للـــشوكاني ج٥ ص٢٤١ .

(٢) التفليس عند المالكية نوعان ، أخص وأعم ، التفليس الأخص يكون حين يحكم القاضي بخلـــع كـــل مـــا للمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه من الدين، أما التفليس الأعم فيعني قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به، أي قيام الغرماء بمطالبة المدين المفلس بالوفاء بالدين . راجع : شرح حدود ابن عرفة للرصـــاع ج٢ ص٤١٧، ٤١٨

(٣) راجع: حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٦٤ـ ١٦٥، وشرح الخرشي علـــى مختـــصر خليل ج٥ ص٤٧٠ـ٤٧١.

(٤) راجع: المعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٧، والفروق للقرافي ج٥ ص٣٦.

(٥) سورة النساء: من الآية/١٢.

وتدل هذه الآية على أن للزوج نصف ما تركت زوجته من مال وميراث إن لم يكـن لها ولد يوم وفاتها[١]، ويرى أصحاب هذا القول أن الآية الكريمة تفيـد بـأن الإرث يجري على المتروك مطلقًا ،والمتروك يشمل الحقوق والأموال؛ ولذا فإن هذا الحـق هو مما تركه المورث ــ صاحب الخيار ــ فوجب أن يكون للورثة[٢]، وأجيب عـن ذلك بأن المتروك عين تبقى، أما خيار الشرط فهو عارض لا يبقى، فلم يكن متروكًـا ومن ثم فلا يورث. [٣]

٢) قال بعضهم[٤] إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد قال: "من تـرك ملكـاً وحقـاً فلورثته"[٥]، واستدلوا بهذا على أن الأموال والحقوق تورث، وقد أنكر بعض الفقهـاء الاستدلال بهذا الحديث حيث قال سبط بن الجوزي [٦] في شأنه-: "والحديث غريـب

---

(١) راجع: جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ج٤ ص٢٨٣

(٢) راجع :المعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب المالكي ج٢ ص٦٧ ،والفروق للقرافي ج٥ ص٣٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٤.

(٤) المعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٧.

(٥) أصله عند البخاري ومسلم بلفظ "من ترك مالاً فلورثته" وقد أخرجه البخاري في صحيحه -عن أبي هريرة رضي الله عنه- في كتاب الفرائض، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من ترك مالاً فلأهله"،برقم٦٧٣١ ، ولفظ الحديث كاملاً هو : " أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ فَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً فَعَلَيْنَا قَضَاؤُهُ وَمَنْ تَـرَكَ مَالًـا فَلِوَرَثَتِهِ" ، والحديث المعني بالأمر هنا هو الشطر الأخير : "من ترك مالاً فلورثته" ، (راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجرج١٢ ص١١) وأخرجه مسلم في صحيحه ــ عن أبي هريرة ــ كتاب الفرائض، بلفظ : "من ترك مالاً فللورثة ومن ترك كلا فإلينا" (راجع : صحيح مسلم بشرح النووي ج١١ ص٦١) ، والترمذي في الجامع الكبير ــــ عن أبي هريرة ـــ ، كتاب الجنائز باب ما جاء في الصلاة عـــــلى المديون،برقم١٠٧٠ ج٢ ص٣٦٩ ــ عن أبي هريرة ــ ، وابن ماجه في سننه ــ عن أبي هريرة ــ كتـاب الصدقات، باب من ترك دينًا أو ضياعًا فعلى الله ورسوله، ج٤ ص٧٣. ، وأبو داود في سننه -عن جـابر بن عبد الله- كتاب البيوع ، باب التشديد في الدين ،برقم٣٣٤٣ ج٣ ص٢٤٧ ، والنسائي في سننه -عن جابر بن عبد الله - كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين، برقم٢٠٨٩ ج١ ص٦٣٧ . وجميعهم لم يذكروا لفظ "حقًا" والحاصل أن هذه الكلمة وردت في كتب بعض المالكية فقط .

(٦) هو شمس الدين يوسف بن فرغلي ، ويعرف بسبط ابن الجوزي، ولد ببغداد في سنة إحـدى وثمـانين وخمسمائة، وقيل مولده في اثنتين وثمانين، كان فقيها محدثا مفسرا وأديبا واعظا، له مصنفات عديدة أبرزها الإيضاح ،وإيثار الإنصاف ، ومرآة الزمان في التاريخ ، وغير ذلك ، قيل إنه كان في شبابه حنبلي المذهب ثم انتقل بعد ذلك إلى مذهب أبي حنيفة، وظل كذلك حتى مات .(راجع ترجمته فـي: ميـزان الاعتـدال للـذهبي

ولو اشتهر فلا نسلم أنه ترك حقًا؛ لأن الخيار مشيئة، والمشيئة لا يجري فيها الإرث"[١].

٣) قالوا إن خيار الشرط حق ثابت لإصلاح المال فلا يسقط بالموت، بل يجب أن ينتقل إلى الورثة؛ كخياري العيب والتعيين؛ لأنه حق لازم تعلق بالمبيع[٢].

وأجيب عن ذلك بأن الخيار ليس من لوازم البيع؛ لأن الأصل فيه العدم، وكم من بيع لا خيار فيه، أما قياس خيار الشرط بخياري العيب والتعيين، فهو قياس مع الفارق؛ لأن المورث في خيار العيب استحق المبيع سليمًا؛ فكذا الوارث ؛إذ من حقه أن يستحق العين سليمة؛ لأنه يقوم مقام مورثه، وعلى هذا الأساس فالموروث هو العين المملوكة وهي تحتمل الإرث، أما الخيار نفسه فلا يورث؛ لأنه لا يتصور انتقاله ومن ثم فلا يجري فيه الإرث ، هذا عن خيار العيب.

وأما بالنسبة لخيار التعيين فالخيار يثبت للمورث لثبوت الملك له في واحد غير معين؛ فإذا مات المورث قام الوارث مقامه في ذلك، بسبب اختلاط ملكه بملك الغير ؛ فيثبت له التعيين بعلة مجهولية ملكه[٣] ، ولا يكون ذلك بالإرث؛ لأن الخيار لا يورث عند الأحناف فهو مجرد صفة غير قابلة للنقل.

القول الثالث : للحنابلة ، ورأيهم في ظاهر المذهب لا يختلف كثيرًا عن رأي الأحناف والزيدية، ومن سلك مسلكهم ، غير أن الحنابلة قالوا: يورث خيار الشرط إذا طالب به صاحب الخيار قبل موته، وإذا طالب ثم مات فالخيار ينتقل إلى ورثته، وعلى

= ج٤ص٤٧١، ولسان الميزان لابن حجر العسقلاني ج٦ ص٢٢٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ١٤١٦هـ/١٩٩٦م. والبداية والنهاية لابن كثير ج١٣ص١٩٤ـ١٩٥ ، شذرات الذهب لابن العماد ج٥ ص٢٦٦ـ٢٦٧ ، ومعجم المؤلفين لعمر كحالة ج١٣ ص٣٢٤ ـ ٣٢٥) .

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط بن الجوزي ص٣١٤ ، دار السلام ، القاهرة ١٩٨٧م .

(٢) راجع: كتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٩، والمجموع للنووي ج٩ ص٢٤٥، والتهذيب في فقه الشافعي للبغوي ج٣ ص٣١٦.

(٣) راجع: البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٨٤، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٨، ٢٩٤.

وأما القول بأن الخيار ينتقل إلى الورثة في حالة مطالبة المورث بالفسخ قبل موته، فمع إجلالي وتقديري لهذا الرأي إلا أنه قد جانب الصواب -كما يظهر - ؛ لأن المورث إذا طالب بالخيار في حياته، فهذا دليل على أنه قد استعمل خياره؛ واستعمال الخيار يؤدي إلى سقوطه ؛ ولم يبق للورثة أي شيء، ولا يتصور انتقال الخيار إلى الورثة بعد أن سقط خيار مورثهم!! وقد قال ابن عثيمين[١] -في هذا الصدد-: " وأما قولهم لابد أن يطالب، فيقال: إذا طالب لا حاجة أن نقول إن خيار الشرط باقي، لأنه إذا طالب به فقد انتهى الخيار".

وإذا انتهيت إلى ترجيح رأي الجمهور القائل بتوريث خيار الشرط تبين لي أنه يكون للورثة حق الاختيار بين إمضاء العقد أو فسخه.

ولكن إذا افترضنا أن الورثة أكثر من شخص، وقد يحصل الاختلاف بينهم؛ فقد يختار بعضهم إمضاء العقد ، ويختار الآخرون فسخه فعندئذ كيف يتم معالجة هذا الأمر في ضوء آراء الفقهاء القائلين بجواز توريث خيار الشرط؟ ، للإجابة عن ذلك تتبعت أقوال الفقهاء ، وتبين أن كلمتهم لم تتفق حول هذه المسألة؛ إذ تباينت آراؤهم على أربعة أقوال :

القول الأول :للمالكية، ولهم في هذه المسألة تفصيل؛ إذ ميزوا بين ورثة المشتري، وورثة البائع؛ فقالوا: إذا مات المشتري وتعدد ورثته فليس لهم إلا أن يأخذوا أو يردوا جميعًا؛ فلا يحق لهم التبعيض؛ فإذا فرضنا أنهم اختلفوا فأجاز بعضهم العقد ورده الآخرون، فهنا الرد أولى، حيث يجب على جميع الورثة أن يردوا المبيع إلى البائع، لاسيما وأن بعضهم قد رد فيجبر المجيز على الرد مع من رد منعًا لتبعيض الصفقة، لما في ذلك من ضرر الشركة.

وقد قاسوا هذا الأمر على مورثهم؛ فالقياس أن من ورثوا الخيار عنه ليس لهُ رد بعض السلعة وقبول بعضها منعًا للضرر بالبائع ؛ وكذلك الورثة فليس لبعضهم الإجازة ولا يحق لبعضهم كذلك الرد هذا إذا لم يرض البائع بذلك، وهذا هو رأي الإمام مالك في

---

(١)راجع: الشرح الممتع على زاد المستقنع ج٨ ص٢٩٦.

المدونة وهو القياس، والاستحسان عنده أن للمجيز أخذ جميع السلعة فلا يجبر على الرد إن رد بعضهم، وقد اقتصر فقهاء المالكية على القياس.

أما إذا مات البائع وله ورثة، وكان الخيار له، واختلفوا في الرد والإمضاء، فإذا أجاز بعضهم ورد الآخرون ، فهنا يجبر من رد المبيع على الإجازة مع المجيز، وهذا بخلاف ورثة المشتري، وهل يجري في ورثة البائع القياس والاستحسان؛ كورثة المشتري أم القياس فقط؟ في ذلك خلاف بين المالكية ؛ إذ قال بعضهم: يجري فيهم القياس فقط، بمعنى قياس ورثة البائع على مورثهم، وذلك يقتضي إجازة الجميع إن أجاز بعضهم؛ لأن مورثهم إذا باع بخيار الشرط له، وأجاز البيع في زمن الخيار ولكن في بعضه ورفض ذلك المشتري بسبب الضرر؛ فعندئذ يجب على البائع إمضاء البيع في الجميع، وتدفع السلعة كلها للمشتري دفعًا للضرر.

وقال بعضهم يجري في ورثة البائع الاستحسان أيضًا، وعليه فالذي رد المبيع له أن يأخذ من بقية الورثة كل المبيع، ولكن المعتمد في المذهب المالكي أن القياس هو الذي يجري في ورثة البائع[1].

القول الثاني : للشافعية ، وقد ميزوا بين ورثة المشتري، وورثة البائع؛ فقالوا: إذا كان الميت هو المشتري وترك ورثة بعده، ولم يتفقوا على الإمضاء والرد ففي ذلك وجهان.

الوجه الأول: ويرى أنصاره أن من أراد الرد منهم ليس له أن يرد إلا أن يرد الباقون معه ؛ لأن الصفقة واحدة، ولا يجوز تبعيضها على البائع للضرر ، وهذا الوجه يشبه قول المالكية، وقيل إنه للشافعي وهو الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: يرى أنصاره أنه يجوز لكل واحد من الورثة أن ينفرد برد حصته دون شركائه .

أما إذا كان الميت (صاحب الخيار) هو البائع؛ فلكل واحد من ورثته أن ينفرد فيفسخ البيع في حصته ، وهذا لا خلاف حوله عند الشافعية، والفرق هنا بين ورثة

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧١ وما يليها، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٢١، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٣٧.

المشتري وورثة البائع يكمن في أن ورثة البائع إذا فسخ بعضهم في حصته ثبت للمشتري خيار الفسخ للباقي؛ إذ يثبت له الخيار بتبعيض الصفقة عليه فيزول عنه الضرر، بخلاف البائع؛ لأن المشتري إذا مات ورد بعض ورثته،وامسك الآخرون ؛ فلا يثبت للبائع الخيار الذي يمكنه من دفع الضرر عن نفسه[١].

القول الثالث: للإمامية ، وقالوا إن البائع إذا مات قبل إعمال خياره انتقل الخيـــار إلى ورثته، فلهم الفسخ بردهم الثمن إلى المشتري، ويشتركون في المبيع علـــى حـــسب سهامهم، ولو امتنع بعضهم عن الفسخ لم يصح للبعض الآخر الفسخ، لا في تمام البيـــع، ولا في بعضه، ولو مات المشتري كان للبائع الفسخ برد الثمن إلى ورثته[٢].

القول الرابع: للإباضية ، وقالوا إذا مات صاحب الخيار وله ورثة، وجب عليهم أن يتفقوا على القبول أو الرد، فلا يقبل منهم قبول بعض ورد بعض؛ لأن فيه إدخال شـــريك على البائع أو المشتري وهو عيب وإضرار، ولاسيما وأن الشريك قـــد يكـــون خائنـــا أو جائرًا؛ ولأن الورثة كلهم بمنزلة رجل واحد بائعاً كان أم مشترياً .

وإذا اختلفوا ولم يتفقوا حتى تمت المدة أو سكتوا حتى مضت لزمهم العقد، فليس لهم قبول بعض ورد بعض إلا أن رضي من له الحق فأجاز قبول بعضهم لحـــصته ورد بعضهم لحصته[٣].

هذا ما قرره الفقهاء عن اختلاف الورثة بعد موت مورثهم صاحب الخيار في الرد والإمضاء، ويبدو أن رأي الإباضية هو الراجح؛ لأنه يحقق العدالة ويمنع تبعيض الصفقة على البائع إن كان الميت هو المشتري، ولهذا يبرز أمامنا سؤال عن الحيز الزمني الـــذي يحق للورثة أن يمارسوا فيه خيارهم، أيكون فيما تبقى من مدة الخيار أم يحق لهم الاتفاق مع الطرف الآخر (الحي) على تمديد مدة الخيار؟.

---

(١) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٤٩، والغرر البهية للأنـــصاري ج٤ص٥٦٦ ، دار الكتـــب العلميـــة، بيروت، لبنان ، د–ت ، والحاوي الكبير للما وردي ج٥ ص٦٠.

(٢) راجع : منهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٦.

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٦٥.

الواقع لم أُوفق في العثور على إجابة لهذا السؤال عند الفقهاء عدا الشافعية الذين قالوا إن مدة خيار الشرط إذا كانت باقية عند بلوغ الورثة خبر موت مورثهم يثبت للورثة ما بقي منها، أما إذا انقضت ؛ ففي هذه المسألة أربعة أقوال عندهم:

<u>القولان الأولان مشهوران</u>: الأول يرى أنصاره أن الخيار يثبت للورثة على الفور، وهو أصح الأقوال كما ذكر النووي[١] ، والثاني: يرى أنصاره أن الخيار يثبت للورثة في المدة التي بقيت عند الموت، وأما القول الثالث: فيرى أنصاره أن الخيار يظل لهم ماداموا في المجلس الذي وصلهم خبر الموت، وهذا زمن قليل، وأما القول الرابع: فيرى أنصاره أن الخيار يسقط ويلزم العقد بمجرد مضي المدة ، وقد حكاه الروياني، وبه جزم الماوردي لفوات المدة، وذكر النووي[٢] أنه قول شاذ مردود.

على أنه يلاحظ أن بعض الشافعية[٣] قد ذكروا أنه يجوز للورثة إذا مات مورثهم في أثناء مدة الخيار أن يتفقوا مع العاقد الآخر على زيادة مدة الخيار ليتسنى لهم الاختيار، وهذا الرأي له وجاهته كما يبدو؛ لأن زيادة المدة يتيح للورثة فرصة للتروي والتفكير في الاختيار السليم، ولاسيما أن مورثهم قد يموت في آخر أيام الخيار، ولا تسعفهم المدة المتبقية على الاختيار الصائب، ناهيك عن أن بعض الفقهاء كما تقدم (الزيدية والحنابلة) قد قالو بجواز تمديد مدة الخيار، ويبدو أنه لا مانع من تجديد هذه المدة بالاتفاق بين ورثة الميت والعاقد الآخر، والله أعلى وأعلم.

ومن الجدير بالذكر أن صاحب الخيار إذا مات، وترك ورثة، وكانوا أطفالاً أو مجانين يقع على القاضي أن ينصب عنهم قيّمًا يفعل ما هو في مصلحتهم من الفسخ والإجازة؛ كما لو جن صاحب الخيار[٤].

---

(١) المجموع شرح المهذب ج٩ ص٢٤٦
(٢) المرجع السابق ،ج٩ ص٢٤٦.
(٣) نهاية المحتاج للرملي ج٤ ص١٣ــ١٤.
(٤) راجع : المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٥٢.

الرأي الأول: للمالـــــكية ، وقد ميزوا بين المجنون والمُغمى عليه حيث قالوا إن جُن من له الخيار من بائع أو مشترٍ[١] قبل اختياره، وعُلمَ أنه لا يفيق أو يفيق بعد وقـت طويل يضر بالطرف الآخر نظر السلطان أو نوابه[٢]، في الأصلح لـه مـن الفسخ أو الإجازة، وأما إن كان يفيق عن قرب، فلا ينظر السلطان[٣] له وينتظر إفاقته ليختار هـو بنفسه.

فإذا نظر السلطان وحكم بالأصلح من الرد أو الإمضاء ثم أفاق المجنون واختـار فلا يعتد بما اختاره، بل يعتد بما نظره السلطان، وإذا لم ينظر السلطان ومـضى يـوم أو يومان من أيام الخيار ثم زال الجنون فتلك المدة تحسب من أيـام الخيـار فـي ظـاهر المذهب[٤]؛ لأن السلطان قد قام فيها مقام المجنون، أما إذا تكاسل السلطان ولم ينظر حتى أفاق المجنون بعد أمد الخيار فلا يستأنف له أجل ، وهذا هو ظاهر المذهب، وبذلك فـإن المبيع لازم لمن هو بيده[٥].

أما المغمى عليه فقد اختلف فقهاء المالكية حوله، حيث انقـسمت أقـوالهم علـى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أنه ليس للسلطان إبطال خيار المغمى عليه في أيـام الخيار، بل يجب انتظار إفاقته ثم هو على خياره، أما إذا طالت مدة إغمائه أيامًا، عنـدها ينظر السلطان في الأمر؛ فإن رأى ضررًا فسخ البيع، وليس له أن يمضيه بخلاف الصبي والمجنون الذي له أن يمضيه عنهما وهذا الرأي ورد في المدونة وهو قول ابن القاسـم،

---

(١) أوردت بعض كتب المالكية خلافًا لهم في هذه المسألة؛ إذ جاء في الذخيرة للقرافي ج٥ ص٣٥: "إذا جُن البائع أو المشتري في أيام الخيار نظر له السلطان في الإجازة أو الرد؛ لأنه ولي العاجزين ، وعـن ابـن القاسم: ليس للسلطان ذلك في المشتري، بل إن تطاول الإغماء ورأى السلطان ذلك ضررًا فسخ لعدم تعيين غرضه في البيع، وقال أشهب: له أن يأخذ له في أيام الخيار وليس له بعدها إلا الرد، قال: والقول بالأخذ أحسن؛ لأنه ما عقد إلا وله غرض في البيع".

(٢) وذكر بعضهم أنه يجوز للسلطان أن يوكل نيابة عنه أحد ورثة المجنون أو الغير، راجع: التاج والإكليـل لمختصر خليل للمواق بهامش مواهب الجليل ج٤ ص٤٢٢.

(٣) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٢ــ٤٧٣.

(٤) ويستأنف المجنون ما بقي له من المدة.(راجع الذخيرة للقرافي ج٥ ص٣٥)

(٥) راجع : حاشية الدسوقي ج٤ ص١٦٧.

وقد عللوا رأيهم هذا بالقول إن المغمى عليه ليس للسلطان الحجر عليه، ولا النظر في ماله بالبيع أو الشراء أو الرد أو الإمضاء لقرب ما يُرجى إفاقته، وهذا بخلاف المجنون؛ لأن أمر المجنون قد يطول فيحتاج إلى ناظر ينظر له في أموره خوفًا من ضياع ماله[١].

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أنه يجوز للسلطان أن يجيز العقد أو يفسخه في مدة الخيار؛ فإن لم يفعل حتى مضت مدة الخيار لم يكن له، وقيل هذا رأي أشهب، وقد علل رأيه بالقول أنه لما تعذر على المُغمى عليه النظر كان السلطان هو القائم والآخذ له بماله[٢].

وأما المفقود فحكمه عند المالكية ؛ كالمجنون في ظاهر المذهب، وقيل كالمغمى عليه، وأما المرتد فإن مات على ردته نظر السلطان، وإن تاب نظر بنفسه لقصر المدة. والأسير كالمفقود وقيل كالمغمى عليه[٣].

الرأي الثاني : للشافعية، والحنابلة، والزيدية والإمامية ، وقالوا إذا جُنّ أحد العاقدين، أو أُغمي عليه لم يسقط خياره، بل يقوم وليه مقامه أو الحاكم فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ أو الإجازة ، وهذا ما صرح به الشافعية في ظاهر مذهبهم[٤]، وقال به الحنابلة غير أن الحنابلة[٥] قالوا إن الولي هو الذي يقوم مقام صاحب الخيار ولم يذكروا الحاكم .

ومع ذلك فلا خلاف كبير بين المذهبين في هذا الأمر؛ لأن الشافعية جعلوا الأمر للولي أيضًا فإذا انعدم الولي من الممكن أن يؤول الأمر للحاكم لكونه ولي العاجزين ، وإذا خرس صاحب الخيار، وكانت إشارته غير مفهومة فهو كالمجنون عندهم.

وقد ذهب الزيدية إلى هذا الرأي فيما يخص المجنون؛ إذ قالوا إن من جُن لا يبطل خياره، بل ينتقل إلى وليه، فإن عقل في أثناء مدة الخيار رجع إليه الخيار، فإذا قام الولي بالفسخ أو الإجازة نفذ فعله لصحة تصرفه ولا يحق للمجنون إذا عقل أن يعترض على

---

(١) راجع: عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي ص٤٣١ ، وكتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٩.
(٢) راجع: كتاب المنتقى للباجي ج٥ ص٥٩.
(٣) راجع: حاشية الدسوقي ج٤ ص١٦٧.
(٤) راجع: المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٤٩.
(٥) راجع: كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢١١.

تصرف الولي[1]، وقال بهذا القول أيضًا الإمامية، إذ ذكروا أن صاحب الخيار إذا جن قام الولي مقامه، ولو زال العذر لم ينقض تصرف الولي[2].

الرأي الثالث : للإباضية ، ويرون أن الخيار لا يسقط عن المجنون في كل الأحوال، ولم يذكروا مسألة انتقال الخيار عن المجنون إلى وليه أو الحاكم كما قال بذلك الشافعية والحنابلة والمالكية، بل قالوا لا ينتقل الخيار عن المجنون ، ويظل له طيلة مدة الخيار لاحتمال إفاقته خلال هذه المدة، كما أنهم قالوا إن خيار المرتد لا يسقط عنه بل يظل الخيار لصاحبه سواء كان بائعًا أم مشتريًا في غير مصحف ؛ إذ لا يجوز للمرتد أن يشترط الخيار على المصحف فإذا اشترى مصحفًا واشترط لنفسه الخيار ثم ارتد عن الإسلام فإن رده بعد ارتداده فذلك لا رجوع له فيه، وإن قبله أو سكت نزع منه وأعطي للبائع[3].

وبعد عرض آراء الفقهاء، يبدو ــ والله أعلم ــ أن رأي الجمهور هو الراجح ؛ لأن أدلتهم أقوى من أدلة الأحناف، وعلى ذلك ينبغي عدم سقوط خيار المجنون أو المغمى عليه، بل يقوم وليه مقامه ، وإذا انعدم الولي يجب على القاضي أن يعين من الغير من يفعل الأصلح للمجنون أو المغمى عليه ؛ لأن مصلحة المجنون أو من في حكمه تقتضي المحافظة على أمواله وحقوقه، ورفع الضرر عنه ؛ فهو في أمس الحاجة إلى رعاية مصالحه ؛ نظرا لعدم قدرته على التصرف في ماله، ولا بأس أن يُعاد له الخيار إذا أفاق من الجنون قبل أن تنتهي مدة الخيار إذا لم يقم الولي أو الحاكم بالاختيار للمجنون أو المغمي عليه.

كما أنه يقع على الولي أو من تقيمه المحكمة أن يبذل في الاختيار العناية المطلوبة، ويستعمل الخيار استعمالاً صائبًا سواء بالفسخ أم الإجازة مراعيًا في ذلك مصلحة المجنون أو المغمى عليه ، وإذا قصَّر في ذلك، وأفاق المجنون أو المغمى عليه فلهما نقض تصرف الولي ، إن كان الوقت الباقي للخيار يسمح لهما بالاختيار، أما إذا أفاق بعد انقضاء المدة

---

(١) راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥١، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨.

(٢) راجع : شرائع الإسلام للمحقق الحلي ج١ ص١٧٠

(٣) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٦٧.

فليس له نقض ما قام به الولي، ولكن من حقه مقاضاته على التقـصير إذا لـم يـستعمل الخيار استعمالاً صائبًا، والله أعلى وأعلم بالصواب.

المطلب الخامس

التغيرات التي تطرأ على محل الخيار

من المعلوم أن هناك تغيرات قد تطرأ على محل الخيار (المبيع)؛ فقد يهلك بآفة سماوية أو بسبب أحد العاقدين أو يتعيب في زمن الخيار ويصعب رده بالحال التي كان عليها قبل القبض إن كان المشتري قد قبضه.

فهلاك المبيع قد يحدث وهو بيد البائع، وفي هذه الحالة يسقط الخيار لانعدام المحل قبل التسليم، سواء أكان الخيار للمتعاقدين معًا أم لأحدهما، وقد تم التعرض لهذه المسألة آنفًا[1]، وقد يهلك المبيع بفعل أحد العاقدين أو بفعل أجنبي، فإذا قبض المشتري المبيع واستهلكه أو هلك عنده، فخياره يسقط إن كان الخيار له وحده وهذا الأمر ذكره غالبية الفقهاء[2]، غير أن بعضهم[3] قال: إن خيار المشتري لا يسقط إن كان تلف المبيع بسبب البائع أو كان التلف بغير عمد.

على أن خيار المشتري إذا سقط انعقد العقد ولزم، وعليه دفع ثمن المبيع إلى البائع؛ لأن المبيع بعد قبضه يكون في حكم البيع[4].

---

(١) رجع: ص١٦٨من البحث.

(٢) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٣، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٩، والمجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٦٢، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٤-٨٥ ، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ج٢ ص٤٠٩، وشرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠.

(٣) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٩، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١٥، والعزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص٢٠٠.

(٤) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٥، وجاء فيه: "... وإذا كان الخيار للمشتري وقد قبض السلعة فماتت في يده قبل أن يختار، فقد لزمه البيع وعليه الثمن"، راجع كذلك: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٣.

وهذا على خلاف بين الفقهاء[1]، فبعضهم قال يضمن الثمن أو القيمة وبعضهم قال عليه الثمن، أما الخيار فيسقط وهو ما يهمنا في هذا الأمر وسقوطه يكون بسبب عدم قدرة المشتري على رد المبيع بالحال التي كان عليها قبل القبض.

ومن الجدير بالذكر أن خيار البائع لا يسقط إذا تلف المبيع عند المشتري ســواء أكان التلف بسبب المشتري أم بفعل شخص أجنبي؛ لأن المبيع يبقى قائمًــا بــالمعنى أي حكمًا، ويجب الضمان على المشتري ، وعلى ذلك فمن حق البائع أن يمــضي العقــد أو يفسخه[2]، هذا بالنسبة لهلاك المبيع في زمن الخيار.

أما بالنسبة لتعيب المبيع في زمن الخيار، فخيار المشتري يسقط إذا تعيب المبيــع في يده، وهذا ما ذكره غالبية الفقهاء، غير أنهم اختلفوا حول ماهية العيب الذي يسقط به الخيار؛ إذ انقسمت آراؤهم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للأحناف ، ويرون أن المشتري إذا قبض المبيع والخيار له ؛ فالعيب الذي يحصل للمبيع نوعان: عيب مما يرتفع ويسهل زواله وعيب مما لا يرتفع ويــصعب زواله كقطع اليد ونحو ذلك، فعندما يكون العيب مما يحتمل الارتفاع ، كالمرض ونحوه ، فالمشتري يظل على خياره ولا يسقط خياره ، ولكن لا يجوز له الفسخ إلا إذا ارتفع العيب في مدة الخيار؛ فإن مضت المدة دون أن يزول العيب سقط خياره، ولزم العقــد لتعــذر الرد[3].

أما إذا كان العيب مما لا يرتفع، ويصعب زواله خلال مدة الخيار كقطــع اليــد، فمعنى ذلك أنه جسيم، وبسببه يسقط خيار المشتري وينبرم العقد والسبب فــي ذلــك أن المشترى لا يستطيع أن يرد المبيع كما أخذه فقد تعذر عليه أن يرد القدر الفائت منه؛ فلو

---

(١) قال المالكية: إذا جنى المشتري على المبيع عمدًا سقط خياره ويضمن الثمن للبائع ، وقيل إذا حلف أنه لم يرض بالشراء فعليه القيمة إن كانت أقل وهذا قول أشهب. (راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٢ ص٤٧٩)

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٣، والتاج والإكليل للمواق بهــامش مواهــب الجليــل ج٤ ص٤٢٣.

(٣) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٧، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧٠.

رد الباقي كان ذلك تفريقاً للصفقة على البائع قبل تمام البيع، وهذا لا يجوز ولـذا يـسقط خياره[1] .

وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف، غير أن أبا يوسف قد خالفهما في خصلة واحدة؛ حيث يرى أن نقصان المبيع إذا حصل في يد المشتري، ولكن بفعل البائع لا يبطل ذلك خيار المشتري بل إن شاء رد المبيع، وإن شاء أجاز البيع وأخـذ الأرش[2] من البائع[3]، ويبدو أن رأي أبي يوسف سديد ؛ لأن البائع قد أحدث عيبًا بالمبيع بطريـق العمد وهدف من ذلك إلزام المشتري بالبيع.

ومن الجدير بالذكر أن الأحناف قالوا إن خيار البائع يسقط إن تعيب المبيع وهو في يده بسببه أما إذا تعيب بفعل أجنبي أو بآفة سماوية فخياره لا يسقط ؛ لأن ما انتقص مـن المبيع من غير فعل البائع، فإن أجاز العقد فالمشتري بالخيار فمن حقه أن يأخـذ المبيـع ويدفع ثمنه كاملاً، ومن حقه أن يتركه لتغير المبيع قبل القبض[4]، ولا يسقط خيار البـائع إن تعيب المبيع بيد المشتري[5].

القول الثاني: للمالـــكية ، ويرون أن خيار المشتري يسقط إذا قبض المبيـع وأحدث به عيبًا عن طريق الفعل العمد؛ لأن هذا يُعد من المشتري رضا بإمـضاء البيـع ويلزمه دفع الثمن، أما إذا جنى المشتري على المبيع في أيام الخيار جناية خطأ وتعيـب المبيع؛ فهنا لا يسقط خياره، فله أن يمضي البيع ويأخذ المبيع بعيبه ويدفع جميـع الـثمن

---

(١) راجع: المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٤، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٧.

(٢) الأرش هو: الفرق ما بين قيمة الصحة والعيب ، وهو قسط ما بين قيمة المبيع سليما ومعيبًا من ثمنـه، فيقوَم المبيع صحيحًا، ثم معيبًا، ويؤخذ قسط ما بينها من الثمن، كما إذا قوِم صـحيحًا بعـشرة، ومعيبًـا بثمانية، والثمن خمسة عشرًا مثلا ؛ فالنقص خُمس القيمة، فيرجع بخمس الثمن، وهو ثلاثة، وعلى ذلـك فإذا كان نقص العيب عُشر القيمة فالأرش عُشر الثمن لأن ذلك هو المقابل للجزء الفائت . راجع: المعتمد في فقه الإمام أحمد للشيباني وابن ضويان ج١ ص٤١٧ .

(٣) راجع: شرح فتح القـدير لابـن الهمـام ج٥ ص٥٠٦، والبنايـة فـي شـرح الهدايـة للعينـي ج٦ ص٢٧١ـ٢٧٢.

(٤) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٣.

(٥) راجع: البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧١، والمبسوط للسر خسي ج١٣ ص٤٤، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٢١.

للبائع، وله أن يرد المبيع على البائع ويدفع أرش الجناية، وخيار البائع لا يسقط إذا أحدث المشتري في المبيع عيبًا بسبب العمد أو الخطأ.

أما إذا تعيب المبيع في يد البائع فلا يسقط خياره إذا كان العيب بخطأ البائع، فـــإذا أجاز العقد يثبت للمشتري الخيار؛ إذ يحق له أخذ المبيع أو رده بسبب العيب الذي دخلـــه عند البائع، وإذا فسخ البائع فلا خيار للمشتري، أما إذا كان العيب بسبب جناية البائع على المبيع عمدًا فهنا يسقط خياره (البائع) ؛ لأن فعله هذا يدل على أنه قد اختار رد المبيـــع. وبذلك فإن المالكية يفرقون بين جناية العمد والخطأ التي تحصل من البائع[1].

القول الثالث: للحنابلة ، وقد قالوا إن المشتري إذا قبض المبيع وحدث له عيـــب عنده سقط خياره؛ ولا يجوز له رده ؛ لأن العيب حدث في ملكه وتحت يده، أمـــا إذا لـــم يقبض المشتري المبيع كالمبيع بكيل أو وزن أو عد أو ذرع فله رده بعيبه الحـــادث بعـــد العقد وقبل القبض[2]، وقيل إن هناك رأيًا لبعض الحنابلة يجيز للمشتري أن يرد المبيع إذا تعيب بكل حالة سواء قبضه أم لم يقبضه، والى رأي أكثر الحنابلة ذهب الزيدية حيث قالوا يسقط خيار المشتري إذا تعيب المبيع في يده في أثناء مدة الخيار[3] أما إذا كـــان العيـــب قديمًا ؛ فللمشتري أن يرد المبيع إلى البائع.

والملاحظ أن الحنابلة والزيدية لم يذكروا أحكام الجناية التي تقع على المبيع سواء أكانت من البائع أم من المشتري بل جعلوا الضمان على المشتري فـــي كـــل الأحـــوال وأسقطوا خيار المشتري في جميع الأحوال ولم يميزوا بين الخطأ، والعمـــد كمـــا فعـــل المالكية، ولم يحددوا نوع العيب كما فعل الأحناف.

ومن الجدير بالذكر أن الشافعية لم يذكروا رأيًا محدداً عن سقوط الخيار بـــسبب تعيب المبيع فى يد المشترى حيث ظهر لهم أكثر من قول فى هذه المسألة ؛ فقال بعضهم يسقط خيار المشترى بسبب تلف بعض المبيع بيده ، وقال بعضهم يظل خياره فى البـــاقى إذا كان يجوز له رد الباقى ، وذكر آخرون أنه ليس له الخيار فى الباقي. [4]

(١) راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٦.

(٢) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٧، والإنصاف للمر داوي، ج٤ ، ص٣٨٠.

(٣) راجع : الروض النضير للسياغي ج٣ ص٣٥٨، والبحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠.

(٤) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٦٣ ، والعزيز شرح الوجيز للرافعى ج٤ ص٢٠١.

أما بالنسبة للإمامية والإباضية فلم أعثر لهم على رأى محدد -حسب إطلاعـــي- ولكن المستخلص من أقوالهم فى مسألة الهلاك ، يمكن أن يصلح أيضاً فى مسألة تعيـــب المبيع ؛ لأنهم قالوا فى الهلاك إن خيار المشترى يسقط إذا قبض المبيع وهلـــك عنـــده ، والحال كذلك إذا قبض المبيع وتعيب عنده لأنه يتعذر عليه الرد كما قبضه .

المطلب السادس

مسقطات خيار الشرط في القانون المدني اليمني

في هذا المطلب سيتم دراسة مسقطات خيار الشرط في القانون اليمني ، مع بيـان المسلك الفقهي الذي سلكه المشرع اليمني ، وذلك من خلال عرض هذه المسقطات علـى النحو الآتى :

أولاً : كيفية استعمال خيار الشرط :

١ - إجازة العقد أو فسخه :

من المعلوم أن خيار الشرط يمنح صاحبه سلطة الاختيار ؛ إذ يجوز لـه إمـضاء العقد أو فسخه خلال المدة المحددة للخيار بإرادته المنفردة ، فإذا فسخ العقد تخلّص مـن الرابطة العقدية وانفرط عقدها ، وعاد المتعاقدان إلى حالتهما قبل التعاقـد ، أمـا إذا تـم الإمضاء لزم العقد وأنتج آثاره الشرعية.

ومسألة الفسخ والإجازة ذكرها المشرع اليمنى صراحة فى المـادة (٢٣٣) مـن القانون المدنى التي نصت على أن "يكون الفسخ أو إجازة العقد بالقول أو بالفعـل الـدال عليه ممن له الخيار ويفسخ العقد باختيار الفسخ فى مدة الخيار". (١)

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع اليمنى قد بين كيفية استعمال خيار الشرط من خلال الطريقة التى يتم بها التعبير عن الفسخ أو الإجازة ،والتي تأخذ نمطـين علـى النحو الآتي :

النمط الأول : التعبير عن الفسخ والإجازة صراحة :

وهنا يكون بالقول الصريح ؛ كأن يقول صاحب الخيار أجزت العقد أو رضيت به أو فسخت العقد أو نحو ذلك ، والمعنى فى ذلك أن يفصح عن رغبته حسب المألوف عند

---

(١) وهذا النص كان موجوداً فى القانون المدنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ ، حيث نصت المـادة (٢٣٦) على أن "يكون الفسخ أو إجازة العقد بالقول أو بالفعل الدال عليه ممن له الخيار ويفسخ العقد باختيـار الفسخ فى مدة الخيار".

الناس[١] ، أما إذا رضى بالعقد أو أجازه بقلبه دون أن يعبر عن إرادته الصريحة فلا يسقط خياره ؛ لأن الأحكام الشرعية تتطلب القول الصريح أو الفعل الدال على ما فى القلب كما ذكر ذلك الفقهاء.

<u>النمط الثاني : التعبير عن الفسخ أو الإجازة دلالة :</u>

وهنا يكون الفسخ أو الإجازة عن طريق الفعل ، أوما يسمى الاختيار الضـمنى ، فيكون مثلاً حين يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك إن كان له الخيار وحـده ؛ كأن يشترى الرجل داراً ويشترط لنفسه مدة محددة للخيار ثم يبيع هذا المنزل فـى أثنـاء المدة ، فتصرفه هذا يدل على أنه قد أسقط خياره ضمناً وأجاز العقد ؛ ولذا وجب عليـه دفع الثمن المسمى ، والحال كذلك إذا كان الخيار للبائع وحده ، وتصرف بالمبيع في أثناء مدة الخيار فإن تصرفه هذا يعد فسخاً ضمنياً .

ومن الجدير بالذكر أن الفسخ والإجازة يكون لصاحب الخيار فقط ؛ أما مـن لا خيار له فلا يحق له الفسخ أو الإجازة.

وبناء على ما سلف فإن الخيار يسقط عن صاحبه إذا استعمله سواء أكان الخيـار لواحد من المتعاقدين أم لهما معاً ، وهذا ما بينه المشرع اليمنى في المادة (٢٣٤) التـى نصت على أنه: "إذا كان الخيار مشروطاً لكل من المتعاقدين فأجازه أحدهما يسقط خياره ويبقى خيار الأخر ما بقيت المدة".

والمعنى أن من أجاز العقد أولاً سقط خياره ، وبقى خيار المتعاقد الآخـر ، هـذا عندما تتم الإجازة وفقاً لنص المادة المذكورة ، فإذا قام الآخر بإجازة العقد أيضـاً صـار العقد لازماً فى حق الطرفين .

وإذا افترضنا أن العاقد الأول قد أجاز العقد، وسقط خياره ، ولكن العاقد الآخر فسخ العقد فهنا ينفسخ العقد ؛ لأن الفسخ أقوى من الإجازة كما ذكر الفقهاء ، وهو يلحـق الإجازة ،ولا تلحقه ، ولكن إذا افترضنا بمفهوم المخالفة للنص السابق أن العاقد الأول قد فسخ العقد، وسقط خياره ، وقام الآخر بإجازة العقد ؛ فهل يسقط الخيار، وينفسخ العقد أم لا؟

---

(١) راجع : مصادر الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار، ص٢١،وأحكام الخيار للعلفي مرجع سابق ص٣٠١.

في الواقع أن المشرع اليمني لم يعالج هذه المسألة ، وكان المفترض أن يبين أن العقد ينفسخ إذا قام أحد الطرفين بفسخه ، ولا يهم من منهما السابق من اللاحق ؛ لأن العقد ينفسخ ، ويسقط الخيار بالفسخ في كل الأحوال سواء جاء الفسخ قبل الإجازة أم بعدها أم وقعا معاً ، وهذا ما قرره الفقهاء المجيزون لهذا الخيار، وعللوا ذلك بأسباب وجيهة تم ذكرها آنفاً .

ويلاحظ في مسألة الفسخ والإجازة أن المشرع اليمنى لم يبين الأثر الرجعي للإجازة[١] ، فإذا أجاز أحدهم فهل يلزم العقد من وقت الإجازة أم من وقت الانعقاد؟ ؛ وكان لابد من بيان هذه المسألة ، وعدم تركها دون ذكر ؛ إذ يجب على المشرع أن يبين أن صاحب الخيار إذا اختار الإجازة لزم العقد مستنداً إلى وقت نشوئه ، وإن اختار الفسخ انفسخ العقد، وكأن لم يكن، ويعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ...

وينبغي الإشارة إلى أن الأفعال التى يكون الهدف منها تجربة المبيع، واختباره لا تعد فسخاً أو إجازة ، حيث إن المشترى إذا كان الخيار له وقبض المبيع بهدف تجربته واختباره لا يعد تصرفه هذا مسقطاً لخياره ، وقد وجدت أن المشرع اليمنى قد نظم هذه المسألة فى الأحكام المتعلقة بتعريف عقد البيع وأركانه ، حيث نصت المادة (٤٨٢) على أنه : "إذا كان البيع بشرط التجربة كان المشترى بالخيار بين قبول المبيع أو رده بعد أن يمكنه البائع من تجربته فى مدة معقولة تعين فى العقد أو بحسب العرف ، فإذا انقضت المدة مع التمكن من التجربة سقط خيار المشترى".

<u>ومن هذا النص تتبين الأمور الآتية</u> :

(١) إن هذا البيع اقترن به شرط خيار للمشترى فقط ، وهذا الأمر جائز عند كل الفقهاء المجيزين لخيار الشرط ؛ لأن المشترى من حقه أن يشترط أخذ المبيع للتجربة كما تقدم ؛ ولأن خيار الشرط من أهدافه التروي، والبحث عن كمال الرضا من خلال تجربة المبيع أو المشورة ، أو غير ذلك ؛ ولذا فقد يكون المشترى فى أمس الحاجة إلى تجربة المبيع ، ولاسيما فى زماننا هذا الذى تعددت فيه الأجهزة ذات التقنية العالية ، والآلات وغير ذلك ، وقد يقوم المشترى بتجربة المبيع بنفسه ؛ كركوب الدابة أو قيادة السيارة أو نحو ذلك ؛ وقد يقوم بها الخبير المختص فى شأن من الشئون .

---

(١) راجع: أحكام الخيار للدكتور العلفي مرجع سابق ص٢٦٠.

(٢) ترك المشرع مسألة تحديد المدة إلى اتفاق المتعاقدين ، وهو في ذلك يتفق مع غالبيه الفقهاء القائلين بجواز تحديد المدة من قبل الطرفين ، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع قد ترك تحديد المدة للعرف عند عدم ذكرها في العقد من قبل الطرفين ، وهو بذلك قد أخذ برأى المالكية الذين قالوا إن المتعاقدين إذا سكتا عن تحديد المدة، وجب على الحاكم أن يضرب لها مدة بحسب نظائر المبيع ، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع اليمنى قد وقع في تناقض مع نص (٢٣٢) سالفة الذكر[١] التي ذكرت مدة خيار الشرط ، وبينت أن العاقدين إذا سكتا عن تحديدها كانت عشرة أيام ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له ، ويبدو أن ترك المدة للعرف في حالة السكوت هو الأصوب ، والله أعلم .

(٣) ذكر المشرع أن المدة إذا انقضت مع تمكن المشترى مع التجربة سقط خياره ، وإذا مضت المدة دون أن يتمكن من التجربة فهل يعنى أن البيع يلزم أم لا ؟ الواقع أن النص لم يكن واضحاً في هذا الأمر ؛ لأن المدة قد تمضى دون أن يتمكن المشترى من التجربة ، وعندئذ يسقط خياره ويلزم العقد ولا يحق له أن يرد المبيع موضوع التجربة ، بل يصير مملوكاً له ويجب عليه دفع الثمن المسمى وهذا ما قرره غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط ، ولكن المشرع اليمنى لم يكن دقيقاً في بيان هذا الأمر.

وكان عليه أن ينص بأن المدة إذا انقضت سقط الخيار ، ولزم العقد سواء تمكن المشترى من التجربة أم لا ؟ ؛ لأنه هو الذى حدد المدة بالاتفاق مع الطرف الآخر فإذا مضت سقط خياره ، وعليه أن يتحمل تقاعسه وإهماله ؛ فهي عليه لا له .

أما إذا افترضنا أن هناك ظروفاً قاهرة قد جابهت المشترى حالت دون أن يتمكن من التجربة ، فالحل عندئذ يكون بالرجوع إلى ما قرره الحنابلة والزيدية فقد أجازوا للمتعاقدين الاتفاق على تجديد مدة الخيار، وهذه معالجة فقهية تنم عن سعة الفقه الإسلامي وشموليته .

---

(١) راجع:ما تقدم ص ١٤٠

٤) يلاحظ أن المادة المذكورة قد جاءت فى غير محلها ، وكان الصواب عدم ذكرها فى هذا الموضع[١] ؛ لأن البيع بشرط التجربة ما هو إلا صورة من صور خيار الشرط[٢]، وهو خيار شرط للمشترى ؛ ولأن المشرع اليمنى قد نظم أحكام خيار الشرط ،ومن ثم فلا داعي لذكر البيع بشرط التجربة منفرداً ، ولا ينبغى للمشرع أن يخصه بأحكام خاصة طالما ، وأن القانون المدني قد أفرد مواداً خاصة بخيار الشرط وهي مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء، ولذلك يتوجب على المشرع دمج المادة(٤٨٢) في الأحكام المتعلقة بخيار الشرط التي وردت في المواد من(٢٣١-٢٣٧).

(٢) العلم بالفسخ :

ذكر المشرع اليمنى مسألة العلم بالفسخ ، حيث نصت المادة (٢٣٣) فى شطرها قبل الأخير على أنه : "يفسخ العقد باختيار الفسخ فى مدة الخيار ويشترط علم العاقد الآخر أثناء المدة بالفسخ إن كان حاضراً أو إشعار الحاكم إن كان العاقد غائباً فإن تعذر فإشهاد عدلين..."[٣] .

---

(١) يلاحظ أن المشرع اليمني قد سار على درب القوانين الوضعية التى وضعت هذا البيع في ثنايا القانون المدني، ومنها القانون المدني المصري الذي نصت المادة ٤٢١ منه على أنه " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل البيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا" ويلاحظ أن هذا البيع مأخوذ عن القوانين اللاتينية كما ذكر السنهوري بحق؛ لأن فقهاء المسلمين يذكرون شرط التجربة ضمن أحكام خيار الشرط. راجع:مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/ السنهوري ج٤ ص٢٨٢، دار المعارف ، القاهرة، ١٩٦٧م .

(٢) إلى هذا الرأي ذهب الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه العقود المسماة مرجع سابق ص٤١، والدكتور ممدوح محمد مبروك في بحثه أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة الأزهر، ص٥٠٨ ، القاهرة ٢٠٠٠ م .

(٣) يلاحظ أن المشرع اليمنى قد أدخل تعديلاً فى القانون الجديد ، حيث إن جملة "فإن تعذر فاشهاد عدلين" لم تكن موجودة فى نص المادة ٢٣٦ من القانون المدنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ ، وهذا التعديل صائب ؛ لأنه ينسجم مع الرأى الراجح عند فقهاء المسلمين القائلين بالإشهاد عند الفسخ منعاً للمنازعة بين الطرفين .

ويتضح من هذا النص أن المشرع اليمنى قد اشترط علم المتعاقد الآخر بالفسخ ؛ إذ ينبغي على من يريد الفسخ من المتعاقدين أن يخطر الطرف الآخر بذلك ، هذا إن كان الطرف الآخر حاضراً فى محل إقامته ، أما إذا كان غائباً فيجب على من يريد الفسخ أن يلجأ إلى القضاء للإخطار بالفسخ ، فإذا تم إخطار القضاء يحق للشخص أن يفسخ طالما وأنه قد قام بإشعار القاضى .

والهدف من إشعار القضاء هو قطع مسالة الادعاء بلاحق [1] ؛ إذ قد يدعى الطرف الغائب بأنه قد تضرر أو أنه كان متواجداً ولم يتم إخطاره ، وإذا تعذر على القضاء إخطار الطرف الآخر ؛ كأن يكون مسافراً فى مكان غير معلوم ، أو يخفى نفسه بهدف زوال المدة حتى يلزم المشترى بالعقد إن كان الخيار للمشترى ؛ فإذا تعذر الوصول إلى هذا الشخص فعندئذ يحق لمن أراد الفسخ أن يفسخ العقد ويجب عليه إشهاد عدلين ، وهذه مسألة استحبها الفقهاء ؛ لأن الإشهاد يمنع النزاع بين المتعاقدين.

وبذلك يتضح أن المشرع اليمنى قد أخذ برأى أبي حنيفة ومحمد والزيدية ، ولم يأخذ برأى الجمهور ، ورأى الأحناف و الزيدية هو الذي ظهر رجحانه كما تقدم ، لما للإشعار من أهمية كبيرة ؛ إذ من خلاله يندفع الضرر عن الطرف الآخر .

والإشعار يكون في حالة الفسخ القولي عند الأحناف ، أما الزيدية فقد اشترطوا الإشعار في كل الأحوال سواء أكان الفسخ بالقول أم بالفعل، والواضح أن المشرع اليمنى قد ذكر أن الإشعار يكون فى حالة الفسخ بصفة عامة سواء أكان الفسخ بالقول أم بالفعل ؛ إذ لم يميز المشرع بين الفسخ القولي، والفعلي ، وفي هذه الخصلة يظهر أنه قد أخذ برأي الزيدية، وهذا هو الصواب.

على أن صاحب الخيار إذا أجاز العقد صار لازما ، ولا حاجة إلى إشعار الطرف الآخر .

ويلاحظ أن المشرع اليمنى قد استخدم لفظ الحاكم، وهو يقصد القاضى ، وهذا لفظ غير دقيق فى زماننا هذا ؛ لأن الحاكم غير القاضى ؛ فالحاكم يتولى شئون الحكم في السلطة التنفيذية من الإدارة، ونحو ذلك ، أما القاضى فيتولى الفصل فى المنازعات

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمنى الكتاب الثانى ص٩٤

المعروضة أمامه بما له من الولاية العامة لكونه من نواب الحاكم ؛ ولفظ القاضي هو الانسب كما يبدو؛ لأنه المختص بشئون القضاء انطلاقًا من نظام فصل السلطات .

وبالموازنة عموماً بين آراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط، والقانون المدني اليمنى فيما يخص مسألة استعمال الخيار، وطرق التعبير عنه ، والعلم بالفسخ يتبين إجمالاً أن القانون المدنى اليمنى قد أخذ برأى الفقهاء، ولم يسلك سبيلاً غير ذلك .

ثانياً : مضى مدة الخيار :

تناول المشرع مضئ المدة كمسقط من مسقطات خيار الشرط ؛ إذ نصت المادة (٢٣٣) فى شطرها الأخير على أن العقد " ينفذ بإجازته فى مدة الخيار أو بانقضاء المدة "

ويتضح من هذا النص أن خيار الشرط يسقط إذا انقضت المدة دون أن يختار صاحب الخيار ؛ فإذا لم يستعمل صاحب الخيار خياره خلال مدة الخيار ، فهذا يدل على أنه قد اختار الإمضاء ، فإذا كان الخيار للمشترى وحده ولم يستعمل خياره حتى مضت المدة فهذا يدل على أنه قد اختار الإمضاء ، ومن ثم يلزم العقد ، وإن كان الخيار للبائع ولم يسترد المبيع فهذا يدل أيضًا على أنه قد رضى بالبيع ، وعلى هذا الأساس فإذا مرت المدة دون أن يستعمل صاحب الخيار خياره فالعقد يصير لازماً ، ويصبح المبيع ملكاً للمشترى ، والثمن للبائع.

وبذلك فإن المشرع اليمنى قد اختار رأى غالبية الفقهاء المجيزين لخيار الشرط والقائلين بأن المدة إذا مضت دون اختيار سقط الخيار ولزم العقد ، وهذا الرأي هو الذي ظهر رجحانه سلفاً لقوة الأدلة التى استند عليها .

ثالثاً : موت صاحب الخيار والعوارض الأخرى التى تصيب الفرد كالجنون والإغماء ونحو ذلك :

(١) موت صاحب الخيار :

إذا مات صاحب الخيار فخياره لا يسقط بل ينتقل إلى ورثته إن لم يكن مديناً مفلساً أو معسراً ، فإذا كان صاحب الخيار هو المشترى انتقل خياره إلى ورثته إن مات فى مدة خيار الشرط ، والحال كذلك إن كان الخيار للبائع ، وإن كان الخيار للعاقدين معاً ، وماتا

معاً انتقل الخيار إلى ورثة كل واحد منهما ، وقد عالجت المادة (٢٣٥) هـذا الأمـر؛ إذ نصت على أنه: "ينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى ورثته مطلقاً وينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى دائنيه إذا كان مفلساً أو معسراً. [١]

و يتضح من نص هذه المادة أن خيار الشرط لا يسقط إذا مات صاحب الخيـار ، بل ينتقل إلى الورثة إن كان مورثهم غير مفلس أو معسر ، وينتقل كذلك إلى الدائنين إن كان صاحب الخيار مفلساً أو معسراً وتفصيل ذلك علىالنحو الآتي:

<u>أ ـ انتقال الخيار إلى الورثة</u> :

ويعني ذلك أن صاحب الخيار قد مات وترك ورثة معلومين كما أن موته قد كان في زمن الخيار وقبل أن يستعمل خياره ؛ لأنه لا يتصور انتقال الخيار إلى الورثة بعد أن يستعمله مورثهم ، على أن الخيار لا ينتقل إلى الورثة وفقاً لأحكام هذه المادة إلا إذا كان مورثهم غير مفلس أو معسر، فإذا مات صاحب الخيار وكان معسراً أو مفلساً ؛ فالخيار لا ينتقل إلى الورثة ،وإنما ينتقل إلى الدائنين ،كذلك ينتقل الخيار إلى الورثة إذا كان صاحب الخيار مديوناً ، ولكنه غير مفلس أو معسر .

<u>ب ـ انتقال الخيار إلى الدائنين في حالة إفلاس المورث أو إعساره :</u>

والمقصود بذلك أن صاحب الخيار قد مات في أثناء مدة الخيار ، وعند موته كان مفلساً أو معسراً ، ومع ذلك عليه دين للغير فهنا قررالمشرع أن حق الخيار لا ينتقل إلى دائني الميت صاحب الخيار إلا في حالتين هما الإفلاس والإعسار ، والمفلس في القانون المدني اليمني هو: "من لا يفي ماله بديونه".

أما المعسر فهو مرتبة أقل من المفلس ، وهو: " من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو بيعه ، وهو ما يحتاجه من مسكن، وثياب صالحين لمثله،

---

(١) وهذا النص لم يطرأ عليه أي تعديل ؛ حيث ورد في المادة ٢٣٨ من القانون المدني اليمني الملغي رقـم ١٩ لسنة ١٩٩٢ التي نصت على أنه : " ينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى ورثته مطلقا ، وينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى دائنيه إذا كان مفلساً أو معسراً "

وآلة حرفته إذا كان ذا حرفة وكتبه إذا كان ذا علم وقوته ومن تلزمه نفقته من الدخل إلى الدخل"(١) .

ومن الجدير بالذكر أن انتقال الخيار إلى الورثة يمنحهم الحق فى إجازة العقد أو فسخه خلال مدة الخيار سواء أكان خيار مورثهم فى المبيع كاملاً أم فى جزء منه ، والحال كذلك بالنسبة للدائنين ؛ إذ يجوز لهم أن يمضوا العقد أو يفسخوه بموجب الخيار المنتقل إليهم(٢) ، ولا يجوز للورثة التدخل فى تصرفات الدائنين إذا انتقل الخيار إليهم وحدهم.

وبالموازنة بين آراء الفقهاء المسلمين ، وموقف المشرع اليمنى فى هذه المسألة تتضح الأمور الآتية :

(أ)– ذكر المشرع اليمنى أن صاحب الخيار إذا مات لا يسقط خياره ، بل ينتقل إلى ورثته أو دائنيه إن كان مفلساً أو معسراً ، وهو بذلك قد سلك مسلك جمهور الفقهاء — من غير الأحناف والزيدية — ورأى الجمهور هو الذي ظهر رجحانه سلفاً ، غير أن المأخذ على المشرع اليمنى أنه لم ينظم مسألة اختلاف الورثة فيما يخص استعمال الخيار ، فقد يتعدد الورثة ، وتختلف كلمتهم فى الفسخ أو الإجازة ، فقد يجيز العقد بعضهم ، ويفسخه الآخرون ، وكان المستحسن أن ينظم هذه المسألة فى ضوء الرأي الذي ظهر رجحانه ؛ والذي يرى أنصاره ضرورة اتفاق الورثة على الرد أو الإمضاء منعاً لتبعيض الصفقة؛ ولذا يقع على المشرع أن ينص على أن خيار الشرط لا يسقط عن صاحبه إذا مات في خلال مدة الخيار، بل ينتقل إلى ورثته إن كان له ورثه، ويجب عليهم أن يتفقوا على الرد أو الإمضاء إن تعددوا .

(ب) – ذكر المشرع أن الخيار ينتقل إلى الدائنين إذا كان الميت صاحب الخيار قد مات مفلساً أو معسراً ، وهو فى ذلك يتفق إلى حد ما مع ما قرره فقهاء المالكية ، غير أن المالكية قالوا إن خيار الميت ينتقل إلى الغرماء في حالة واحدة وهي إذا مات صاحب الخيار وماله محاطاً بالدين بشرط أن يطالب الغرماء صاحب الخيار قبل موته .

---

(١) المادة ٣٥٩ من القانون المدنى اليمنى رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م .

(٢) راجع: أحكام الخيار للدكتور عبد الله العلفي مرجع سابق ص٢٩٣.

أما إذا مات صاحب الخيار، وكان الدين غير محيط بماله ، بمعنى أنه في جزء من المال فقط فعندئذ ينتقل الخيار إلى الورثة ، كما ينتقل الخيار إلى الورثة أيضاً إذا كـــان الـــدين محيطا بمال الميت ، ولكن الغرماء لم يطلبوه قبل موته ، أما المشرع اليمنى فقـــد قـــرر انتقال الخيار إلى الدائنين إن كان الميت مفلساً أو معسراً سواء قام الدائنون بالمطالبة قبل الموت أم لا ، وبذلك فقد أحسن المشرع اليمني صنعاً في عدم وجوب مطالبة الدائنين قبل موت صاحب الخيار؛لأنه بالموت تحل حتى الديون المؤجلة، وسداد الدين يكون من التركة ، وهو مقدم على حق الورثة .

(ج)– لم يحدد المشرع اليمنى مسألة اختلاف الغرماء في الرد أو الأخذ ، ولم يبـين مسألة تجديد الخيار بالنسبة للورثة أو الدائنين ، وهذه مسالة مهمة ؛ لأن المورث قـــد يموت ولم يبق من زمن الخيار سوى مدة وجيزة لا تسعفهم في الاختيار ؛ ولذا يبـــدو أنه يتوجب على المشرع النص على ذلك بمادة مقررة تكمل إرادة الأطراف في هـــذه المسألة ؛ إذ يقع عليه أن ينص على أنه يجوز للورثة أو الدائنين الاتفاق مع الطرف الآخر على تجديد مدة خيار الشرط .

(٢) حالات الجنون والإغماء والسكر ونحو ذلك :

جميع هذه الحالات من العوارض التى تعترض الشخص في حياته، وقد لا تـــؤدي إلى وفاته ، بل تفقده القدرة على التصرف في أموره الحياتية، ومعاملاته المالية ، وهـــى على قدر كبير من الأهمية ، وقد ذكرها غالبية الفقهاء القائلين بجواز خيار الشرط ضمن المسقطات التى يسقط بسببها خيار الشرط ، حيث قالوا إن الخيار لا يسقط بسببها بل ينتقل إلى القاضي أو ولي المجنون أو المغمى عليه ، وأما بالنسبة للقانون المدني اليمنـــي فقـــد سكت عن تنظيم أحكام هذه العوارض مكتفياً بالقواعد العامة .

والقواعد العامة تشير إلى أن فاقدي الأهلية، وناقصوها لصغر، أو جنون ،أو سفه أو عته يحجر على تصرفاتهم ،وفقا لنص المادة (٥٦) من القانون المدني اليمني ، على أن الحجر لا يكون إلا بحكم من المحكمة في حالة الجنون أو السفه، وهذا ما ذكرتـــه المـــادة (٥٨) التي نصت على أنه :"يلزم الحكم بالحجر من محكمة موطن المحجور علية في الأحوال الآتية: ١–الجنون الطارئ بعد الرشد ٢–السفه الطارئ بعد الرشد وكل حكم يـــصدر بـــالحجر يعـــين

منصوباً عن المحجور عليه يسلم إليه ماله لحفظه واستغلاله لمصلحة المحجور عليه طبقا لما هو منصوص عليه في قانون الوصية"

والواضح من هذا النص أن فاقد الأهلية لجنون أو سفه يقوم مقامه مَنصوباً يعمل هذا الشخص على حفظ أموال المحجور عليه ، واستغلالها لمصلحة المحجور، أي يحق للمنصوب أن يمارس التجارة بدلا عن المحجور عليه ؛ كالبيع، والشراء ونحو ذلك ، ولكن هل يجوز للمنصوب ممارسة الخيار نيابة عن المحجور عليه إذا جن الأخير(المحجور عليه) ،وكان له خيار الشرط؟ الذي يبدو من روح نص المادة سالفة الذكر أنه يجوز للمنصوب أن يمارس الخيار بدلاً عن فاقد الأهلية ؛ لأن من حق المنصوب استغلال أموال المحجور عليه لمصلحته ، والبيع بالخيار يندرج في هذا الشأن، ولكن مع ذلك يبدو أنه من المهم أن ينص المشرع على هذه العوارض ضمن المواد المتعلقة بأحكام خيار الشرط ،ويبين أن الخيار ينتقل عن فاقد الأهلية إلى ورثته ، أو من تعينه المحكمة حتى يكون الأمر واضحاً بالنسبة للمتعاقدين لكى يتم دفع الضرر عن الشخص إذا تعرض لعارض من هذه العوارض ؛ كالجنون ونحو ذلك .

ويلاحظ أخيراً أن المشرع اليمني لم ينظم مسألة إجازة أحد الشريكين إذا تعاقدا على أنهما بالخيار، وأجاز أحدهما، وفسخ الآخر ، ولم ينظم كذلك مسألة بلوغ الصبى إذا كان وليه قد أبرم العقد بالخيار، وبلغ الصبي في أثناء المدة .

رابعاً : التغيرات التى تطرأ على محل الخيار :

قد يتعرض المبيع إلى الهلاك أو العيب فى أثناء مدة الخيار وقد يهلك وهو فى يد البائع أو فى يد المشترى بعد قبضه أو يتعيب وهو بيد البائع أو بيد المشترى أن كان قد قبضه كل هذه الأمور لها تأثير فى خيار الشرط كما حدد ذلك الفقهاء ، غير أنه يلاحظ أن المشرع اليمني لم يتطرق إلى أحكام الهلاك أو العيب ؛ إذ لم ينظمها ضمن الأحكام المتعلقة بخيار الشرط ، وقد ترك ذلك للقواعد العامة ، وقد ذكرت سلفاً حكم الهلاك فى القواعد العامة حين يكون البيع عارياً عن خيار الشرط.

أما حكم العيب الذى يحصل للمبيع أو ما يسمى بالهلاك الجزئى ؛ فقد نظمه المشرع في القواعد العامة المتعلقة بعقد البيع العارى غير خيار الشرط ، حيث نصت المادة ٥٣٥ على أنه: "إذا نقصت قيمة المبيع لتلف أصابه قبل التسليم كان للمشترى الخيار

بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع الإنقاص فى الثمن بقدر ما تلف إذا كان التلف مما لا يتسامح بمثله عرفاً ، ولا فسخ إذا كان التلف مما يتسامح بمثله عرفاً وللمشترى الإنقاص من الثمن بقدر ما تلف". [١]

<u>ومن نص هذه المادة تتضح الأمور الآتية :</u>

- أن المشرع قد ميز بين العيب الجسيم ، والعيب غير الجسيم ؛ فالعيب الجـسيم إذا حدث للمبيع وهو ما زال بيد البائع قبل تسلمه من المشترى ؛ فالخيار للمشترى ؛ إذ يحق له إمضاء العقد مع نقصان الثمن بقدر العيب أو فسخ العقد .
- إذا كان العيب غير جسيم، وهو مما يتسامح فيه العرف فلا يجـوز للمـشترى أن يفسخ العقد ، وله فقط إنقاص جزء من الثمن يقابل النقصان الذى فات من المبيع ، على أن طبيعة العيب من حيث جسامته أمر متروك لتقدير القاضى ، فهو الذى يقدر هذه المسألة ويحدد طبيعة العيب ؛ إذ العقد هنا لا ينفسخ بقوة القانون من تلقاء نفسه ، بل ينفسخ بحكم القاضي إن كان العيب جسيماً .

وعلى هذا الأساس ؛ فالواضح أن تبعة العيب تقع على البائع ، وفقاً للقانون اليمنى إذا تعيب المبيع بيده بسبب لا دخل لإرادته فيه .

وقد علل شراح القانون المدني [٢] ذلك بقولهم إن الهلاك الجزئي الذي يحـصل للمبيع بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ تقع تبعته على البائع ؛ لأنه ملزم بتسليم المبيـع كاملاً دون نقص أو تلف ، والتزامه متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ؛ لأنه التزام بتحقيق غاية فإذا لم يقم به صار مسئولاً حتى ولو كان الهلاك الجزئى بسبب لا دخل لإرادته فيه ؛ كالقوة القاهرة والحادث المفاجئ ، أما المشترى فله الخيار بين الفسخ أو إنقاص الـثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع دون أن يكون له تعويض ؛ لأن الهلاك قد حصل بقوة

---

(١) يبدو أن المشرع اليمنى قد اقتبس هذه المادة من القانون المدنى المصرى حيث تنص المادة ٤٣٨ مـن القانون المدني المصري على أنه : "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن " ، راجع : القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٢) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى ج٣ ص٥٣١ -٥٣٢ ، والعقود المسماة للدكتور عبد الناصر العطار ،مرجع سابق ص١٦٠-١٦١

قاهرة أو حادث مفاجئ ، أما إذا كان الهلاك غير جسيم فلم يكن للمشترى حق الفسخ ، ولكن له حق إنقاص الثمن فقط .

وعلى هذا الأساس فإذا هلك المبيع هلاكاً جزئياً بقوة قاهرة وهو فى يد البائع لا يسقط خيار البائع ، ويجوز له إمضاء العقد أو فسخه ، فإن أمضاه فيكون من حق المشترى أن يفسخ العقد أو يمضيه مع نقصان الثمن بقدر العيب إن كان العيب جسيماً ، أما إذا كان العيب غير جسيم ؛ فلا يجوز للمشترى أن يفسخ العقد أو يرفضه وله فقط إنقاص جزء من الثمن يقابل النقصان الذى حدث فى المبيع ، هذا إذا كان خيار الشرط للبائع وتعيب المبيع فى يده إن كان من القيميات .

أما أحكام تعيب المبيع في يد المشتري (بعد التسليم) فلم ينظمها المشرع في الأحكام المتعلقة بخيار الشرط ؛ إذ تركها للقواعد العامة ، وتبعة الهلاك وفقا للقواعد العامة مرتبطة بالتسليم لا بانتقال الملك ، وهذا ما ذكره المشرع اليمني صراحة في المادة (٥٣٤) من القانون المدني النافذ ، والتي نصت على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم (القبض) لسبب لايد للبائع فيه انفسخ العقد واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إنذار (إعذار) المشتري لتسلم المبيع المعين بذاته وتقاعس المشتري عن ذلك بلا عذر فيكون الهلاك على المشتري " .

ومن هذا النص يتضح أن تبعة تعيب المبيع تكون على المشتري إذا قبض المبيع حيث يسقط خياره ، ويلزم العقد ، ويجب عليه دفع الثمن المسمى للبائع ؛ لأن المبيع هلك تحت يده .

<u>خامسا: موازنة بين رأي الفقه الاسلامي، وموقف القانون المدني اليمني</u>

بالموازنة بين موقف المشرع اليمني، وآراء الفقهاء المجيزين لخيار الشرط يتضح أن المشرع اليمني قد سلك مسلك الفقهاء إجمالاً ،غير أن المأخذ عليه أنه لم ينظم بعض المسقطات المهمة ؛ كالعوارض التي تصيب صاحب الخيار مثل الجنون ونحوه ، والتغيرات التي تطرأ على محل الخيار، وغيرها من المسقطات، في حين أن الفقهاء قد نظموا جميع المسقطات تنظيما شاملاً ووافياً ، وأرجو من المشرع اليمني أن يسلك طريقهم ، وينظم كل المسقطات بالاستناد إلى الآراء التي أظهرت الدراسة رجحانها .

المبحث الثاني
التطبيقات المعاصرة لخيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية

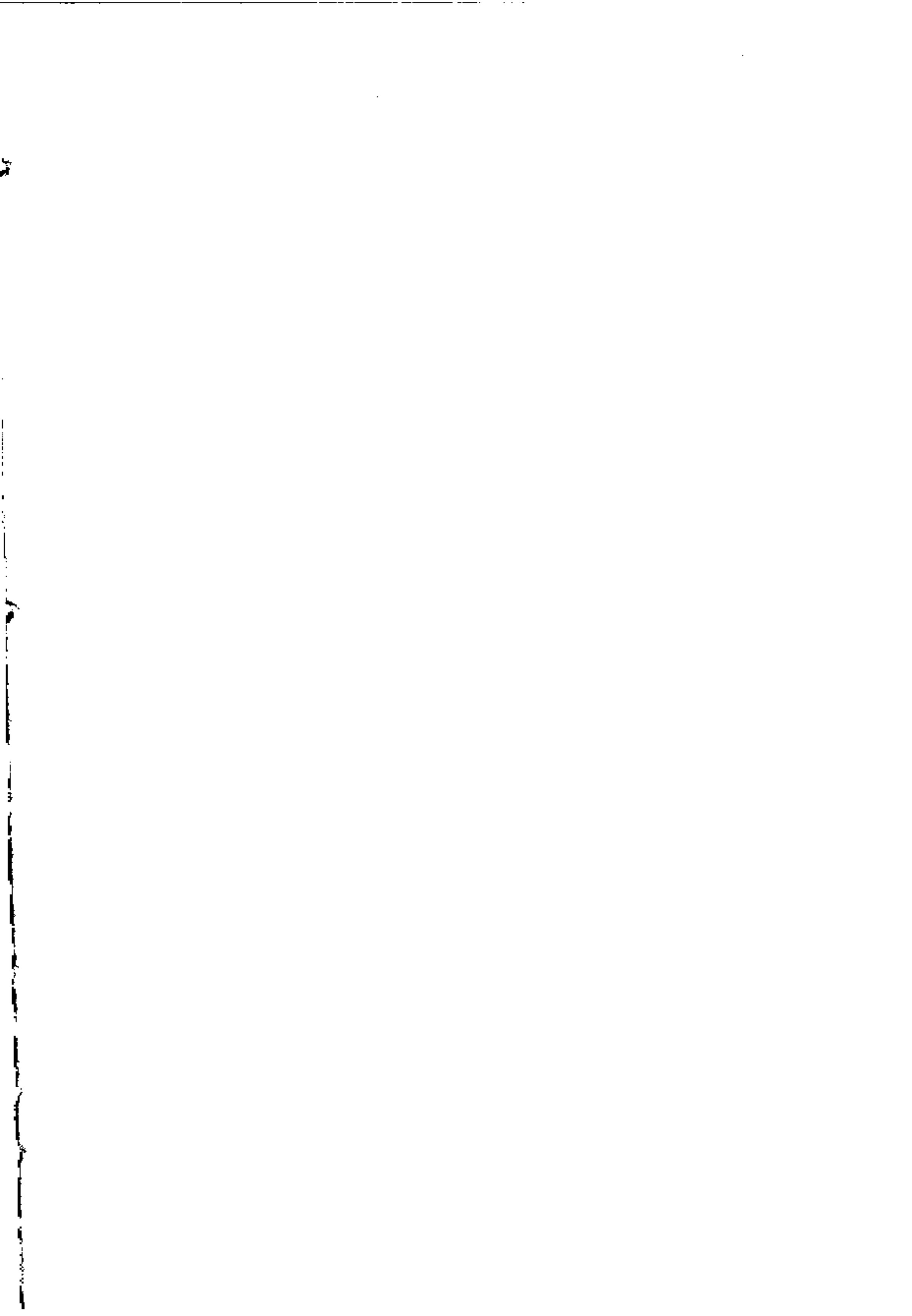
<u>تمهيد وتقسيم:</u>

من المعلوم أن خيار الشرط يحتاجه الأفراد فى معاملاتهم المالية ؛كالبيع والشراء ونحو ذلك ؛ لأنه يوفر لهم الفرصة الكافية للتروى ودفع الخطر قبل وقوعه ، وأهمية هذا الخيار لا تنحصر فى معاملات الأفراد فحسب ، بل من الممكن الاستفادة منه فى معاملات المؤسسات المالية الكبرى ؛كالمصارف الإسلامية بوصفها مؤسسات مالية إسلامية تسعى إلى تجسيد مبادئ الإسلام عملياً ، وهى تقوم بمعاملات كثيرة قد يكتنف بعضها المخاطرة، ومن الممكن لهذه المصارف أن تلجأ إلى خيار الشرط لدرء الخطر عن نفسها قبل وقوعه ، لكون هذا الخيار يعد واحداً من الضمانات التى يمكن للمصرف الإسلامى أن يعتمد عليها.

ولذا فقد خصص هذا المبحث لدراسة الكيفية التى يستفاد بها من خيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية ، وذلك بذكر بعض التطبيقات المعاصرة لهذا الخيار فى معاملات المصارف الإسلامية ، وقبل ذلك كان لزاماً علي أن أبين أولاً ماهية هذه المصارف ومبادئها ووظائفها ، ثم بيان كيفية الاستفادة من خيار الشرط في معاملاتها المعاصرة ، وتفصيلاً لذلك تم توزيع هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: التعريف بالمصارف الإسلامية، وتحديد مبادئها ووظائفها

المطلب الثانى: كيفية الاستفادة من خيار الشرط في معاملات المصارف الإسلامية



المطلب الأول

التعريف بالمصارف الإسلامية ، وتحديد مبادئها ،ووظائفها

خصص هذا المطلب لدراسة المصارف الإسلامية، وذلك من حيث التعريف بها وتحديد المبادئ التي تسعى إلى تحقيقها، والوظائف المنوطة بها، مع بيان موقف المشرع اليمني منها ، وتفصيل ذلك في ثلاثة أفرع على النحو الآتي :

الفرع الأول

ماهية المصارف الإسلامية

تعد المصارف [١] عصب الاقتصاد وعموده الفقرى ، لأنها تلعب دوراً بارزاً فـي حفظ الأموال وتنميتها وتسهيل حركتها من خـلال خطـط اسـتثمارية محـددة ، ودور المصارف يتسع لمختلف الأنشطة المالية والاقتصادية والاجتماعية والخدمية والتمويليـة وحتى السياسية .

والمصارف فى البلاد العربية تؤدى هذه النشاطات -ولا شك فى ذلـك- وهـى نشاطات مشروعة فى معظمها ، ولكن بعضها يتعارض مع أحكام الـشريعة الإسـلامية كإباحة الربا المحرم شرعاً [٢] وغير ذلك .

ولما كانت المصارف التجارية التقليدية لا تتفق اتفاقاً كاملاً مع أحكـام الـشريعة الإسلامية الغراء ، كان لابد من إيجاد البديل الذى يتفق مع أحكام شـريعتنا الـسمحاء ، وهذا البديل هو المصارف الإسلامية[٣] .

---

(١) الصرف في اللغة العربية يعني : تغير الشيء من حالة إلى حالة ، أو إبداله بغيره فيقال صرفت المال أي أنفقته ، وصرفت الذهب بالدراهم بعته ، وقيل الصرف فضل الدراهم في الجودة علـى الـدراهم ومنـه اشتقاق الصيرفي .(راجع: المصباح المنير للفيومي، كتاب الصاد ، مادة"صـرف" ج١ ص٣٣٨ -٣٣٩، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ،باب الفاء فصل الشين والصاد ، مادة صرف ج٣ ص١٦٦-١٦٧) .

(٢) راجع : المصارف الإسلامية للدكتور محمد الزحيلى ص٥-٦ ، دار المكتبي ، دمـشق ، سـوريا ، ط١ ١٩٩٧ .

(٣) ارتفعت أصوات الأمة الإسلامية فى الوطن العربى مطالبة بإنشاء مـصارف إسـلامية ، منـذ ١٩٤٨م ، وحتى اليوم ؛ ففي مصر كان الإخوان المسلمون السباقون للمناداة بقيام المصارف الإسلامية ، كما كـان للمؤتمر الإسلامى الثانى لمجمع البحوث الإسلامية الذى عقد فى (١٩٦٥) الأثـر الكبيـر فـى إنـشاء

وقد عرف بعضهم المصرف الإسلامى بأنه : "مؤسسة مالية تقــوم بالمعــاملات المصرفية وغيرها فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، بهدف المحافظة على قيم الأخلاق الإسلامية ، وتحقيق أقصى عائد اقتصادى اجتماعى لتحقيق الحياة الطبيعية الكريمة للأمة الإسلامية"(١) ، وقال آخرون هو : " مؤسسة مصرفيه تجارية تقوم على الشريعة الإسلامية والمثل والاعتبارات المرعية "(٢) .

وقال بعضهم إن المصارف الإسلامية " مؤسسات مالية تقوم بعمليــات اســتثمار الأموال والصرافة بما يتفق مع الشريعة الإسلامية الغراء ، وبما يلبى أهــداف المجتمــع الإسلامى فى الداخل والخارج "(٣).

والواضح أن هذه التعاريف ، وإن اختلفت بعض الشيء في ألفاظها ؛ فإنها قــد أبرزت جوهر المصرف الإسلامي من حيث إنه مؤسسة مالية لا تسعى إلى تحقيق الربح فحسب ، وإنما تجاهد في سبيل تحقيق مبادئ الإسلام في المعاملات التجارية المعاصرة .

= المصارف الإسلامية ، وبعد ذلك توالت إنشاء المصارف الإسلامية فى عالمنــا العربــى والإســلامى ؛ كمصرف البنك الإسلامي للتنمية السعودي عام ١٩٧٣م ، ومصرف دبى الإسلامى الذى افتتح ١٩٧٥م ، ومصرف فيصل الإسلامى ، وفى اليمن العديد من المصارف الإسلامية ؛ كالمصرف اليمنــى الإســلامي صنعاء ، وبنك التضامن الإسلامي ، وبنك سبأ الإسلامى ، وآمل أن أرى مزيداً منها . للاستزادة حــول تاريخ المصارف الإسلامية راجع : مدخل نحو آفاق مستقبلية للمصارف الإسلامية لأحمد عبد الهــادي طلخان ص١٣ ، مكتبة وهبة ، القاهرة ،ط١ ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م ، ومعركة الاقتصاد الإسلامي بين فكر الاستثمار والتوجيه لعبد السميع المصري ص٣٧، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط١ ١٤١٢هــ/١٩٩٢م ، والربا في المعاملات المالية المصرفية المعاصرة للدكتور عبد الله بن محمد السعيدي ،ج١ ص١٠١٨-١٠١٩ ،دار طيبة ، الرياض ،١٤٢١هـ/٢٠٠٠م .

(١) راجع : النقود والمصارف فى النظام الإسلامى للدكتور عوف محمد الكفراوي ص١٢٤ ، دار الجامعات ، الإسكندرية، ط٢ ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

(٢) راجع : الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للدكتور عبد الله بن محمد السعيدي ج١ ص١٠٢١ .

(٣) راجع: المصارف الاسلامية للدكتور محمد الزحيلي ، مرجع سابق ص١٠

الفرع الثاني
مبادئ المصارف الإسلامية، ووظائفها

أولا :مبادئها

تحمل المصارف الإسلامية روح الإسلام ، وتسعى إلى تطبيق المبادئ العامة للفكر الإسلامى عموماً ، ومن ثم فإن هذه المصارف ليست مجرد مصارف لا تتعامل بالفائدة الربوية؛ بل إنها تجسد مبادئ الإسلام عملياً ، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ الاستخلاف، ومبدأ تشابك المال والعمل ، ومبدأ التكافل الاجتماعى وغيرها.

فمبدأ الاستخلاف يقوم أساساً على أن الله جل وعلا هو مالك كل شئ ، وهو الخالق الرازق وملكية الإنسان ملكية اعتبارية فهى استخلاف محدود من الله سبحانه وتعالى؛ ولذا فإن المال مال الله والبشر مستخلفون فى هذا المال لتوجيهه إلى ما يرضى الله فى خدمة عباده ؛ ولهذا فالمصرف الإسلامى يلتزم بمبادئ الشريعة التى توجه المال لخدمة المجتمع ، وهو بهذا الالتزام يحقق دائماً النجاح ؛ لأن الله تعالى قد أكمل لنا الدين ، وأتم علينا النعمة .

ومبدأ تشابك المال، والعمل يقصد به ارتباط المال بالعمل ، حيث يرى الإسلام أن العمل هو عنصر الإنتاج الذى يحقق الربح ، والمال لا يلد المال بمفرده ، وإنما يحقق الكسب والربح حينما يختلط بالعمل ويتشابك معه[١].

أما مبدأ التكافل الاجتماعى فالمقصود به الاهتمام بالنواحى الاجتماعية ؛ لأنها أصل من أصول الإسلام ؛ ولذا يقع على المصارف الإسلامية عدم النظر إلى التنمية الاقتصادية بمعزل عن التنمية الاجتماعية ؛ لأن الفصل بين التنمية الاقتصادية والتنمية الاجتماعية من شانه أن يجر المصرف إلى الاهتمام بالمشروعات الربحية التي تدر ربحاً أكبر دون مراعاة العائد الاجتماعي[٢] .

---

(١) راجع : صيغ الاستثمار المصرفى فى المؤسسات الإسلامية رسالة دكتوراه لمصطفى أمين التازي مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، د.ت ، ص٦٩ وما يلها ، ومعركة الاقتصاد الإسلامي لعبد السميع المصرى ، مرجع سابق ص٢٥ .

(٢) راجع: المصارف الإسلامية ضرورة حتمية للدكتور محمود محمد بابللي ص٨ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط١ ١٩٨٩م .

ثانيا: وظائفها

على الرغم من حداثة نشوء المصارف الإسلامية فى البلاد العربية ؛ فإن وجودها أصبح يشكل ضرورة اقتصادية حتمية ؛ إذ لا مناص عنها لكل مجتمع مسلم ؛ لأنها تنشأ لتؤدى وظائفها المصرفية والاستثمارية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية [١] حيث تقوم بكل العمليات المصرفية اللازمة للمعاملات المختلفة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، وتتعاون مع المؤسسات الإسلامية الأخرى ، ومع الأفراد ، وتقوم بممارسة تمويل التجارة الداخلية والخارجية وتمويل عمليات التصدير والاستيراد والإسكان ، وتقوم بإنشاء وتأسيس شركات المساهمة ، والتأجير التمويلي ، وتمويل العمليات الصناعية والزراعية[٢] وغير ذلك من الأنشطة ، وهى تسعى فى كل ذلك بهدف التيسير على المسلمين ورفع الحرج عنهم.

على أن هناك تحديات كثيرة تقف في وجه المصارف الإسلامية ، أبرزها العولمة فى ظل سيطرة الشركات متعددة الجنسيات على الاتصالات والمعلومات ، ناهيك عن قصور الدور الإعلامى لهذه المصارف ، وصغر حجم رؤوس أموالها [٣] ، ومع ذلك فإن الأمل معقود عليها فى النهوض بالنظام الاقتصادى الإسلامي.

---

(١) راجع : النقود والمصارف فى النظام الإسلامي للدكتور عوف محمد الكفراوي ، مرجع سابق ص١٢٥ ، والمصرف الإسلامي علمياً وعملياً لعبد السميع المصرى ، مرجع سابق ص٥٢ ، والنظام المصرفي الإسلامي لمحمد أحمد سراج ص٦٩-٧٠ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩م .

(٢) راجع : المصرف الإسلامي علمياً وعملياً لعبد السميع المصرى ، مرجع سابق ص٥٣.

(٣) راجع : مستقبل البنوك الإسلامية فى ظل التطورات الاقتصادية العالمية لمحمد محمد إبراهيم المكاوي ص٦٨٠ رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق قسم الاقتصاد ، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م .

الفرع الثالث

موقف المشرع اليمني من المصارف الإسلامية:

لقد اهتم المشرع اليمني بالمصارف الإسلامية ، ونظم أحكامها في قانون خـاص بهـا ، أطلق علية قانون المصارف الاسلاميه رقم ٢١ لسنه ١٩٩٦م[١] ، وقد بين هـذا القانـون أحكام المصارف الاسلاميه من حيث تحديد ماهيتها ، وأهدافها ، واختصاصاتها، ورأس مالها ، وضوابط العمل فيها ، والإطار الذي يتضمن القواعد المنظمـة لتـسيير نشـاط أي مصرف إسلامي ينشا وفقاً لهذا القانون.

وحدد المشرع ماهية هذه المصارف ، ومركزها القانوني ؛ حيث اشترط أن تكون لها هيئه شرعيه تتولى القيام بوضع وإقرار الصيغ التي يعمل بها المصرف الإسلامـي ، ومراجعة معاملاته وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء[٢] ، وقـد أوجـب المـشـرع اليمني على هذه المصارف أن تمارس نشاطها وفقا للدستور اليمني، وأحكام الـشريعـة الإسلامية على أن تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

وقد أجاز المشرع للمصارف أن تنشئ الفروع، والشركات التابعـة لهـا ،والوكـالات ،والمكاتب داخل اليمن، وخارجها[٣] ، ولم يكتف بهذا الأمر بل شـجع المصارف التقليدية على التحول لمزاولة انشطتها وفقا للنظام المتبع في المـصـارف الإسلامية حيث نصت الفقرة (د) من المادة الثالثة من قانـون المصارف الإسـلامية رقم ٢١ لسنة ١٩٩٦م على أنه : "يشترط في البنوك التي تزاول انـشطتها المـصرفية وفقا للصيغ العادية من البنوك المرخصة والراغبة في الحصول على ترخيص لمزاولـة انشطتها وفقا للصيغ التي تعمل بها البنوك الإسلامية أن تقوم بتعديل أنظمتها الأساسـية بحيث تتضمن السماح لها العمل وفقا للصيغ التي تعمل بها البنـوك الإسـلامية كجـزء من نشاطها " وما فعله المشرع في هذه المادة هو عين الصواب ؛ لأن تشجيع المصارف التقليدية على التحول وفقا للصيغ التي تعمل بها المصارف الإسلامية من شأنه أن يفـتح

---

(١) راجع : الجريدة الرسمية ،العدد ١٤ ، منشورات وزارة الشئون القانونية ، صنعاء ١٩٩٦م .

(٢) راجع :الفقرة الأخيرة من المادة (٢) من قانون المصارف الإسلامية رقم ٢١ لسنة ١٩٩٦م.

(٣) راجع : المادة (٣) قانون المصارف الإسلامية .

المجال أمام المصارف التقليدية لنفض الغبار عن نفسها، والعودة إلى جادة الصواب ؛ إذ إن الأخذ بالمعاملات المالية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فيه خير وفير للفرد و المجتمع على حد سواء .

وقد حدد المشرع اليمني جملة من الأهداف التي تعمل المصارف الإسلامية على تحقيقها، وبما لا يخالف الشريعة الإسلامية، ومنها :

- توسيع نطاق التعامل مع القطاع المصرفي عن طريق تقديم الخدمات المصرفية مع الاهتمام بإدخال الخدمات الهادفة لإحياء صور التكافل الاجتماعي المنظم على أساس المنفعة المشتركة .
- تمويل ومزاولة أنشطة التجارة الداخلية، والخارجية، والمساهمة في مشروعات التنمية الزراعية، والصناعية، والاستخراجية، والعمرانية، والسياحية، وغيرها من مشروعات التنمية الاقتصادية .
- يحق للمصرف الإسلامي تأسيس المحافظ والصناديق الاستثمارية ، وإصدار الصكوك والقروض ، والقيام بأعمال الوكيل والأمين العام وتعيين الوكلاء[١]

وبناء على ما سلف يتضح أن المشرع اليمني قد أجاز المصارف الإسلامية ، ونظم أحكامها وفقا للقانون سالف الذكر، ولم يكتف بهذا الأمر بل شجع المصارف التقليدية على تحويل أنشطتها وفقا لنظام العمل في المصارف الإسلامية .

---

(١) راجع : المادة (٤) من قانون المصارف الإسلامية اليمني

المطلب الثاني
كيفيـة الاستفادة من خيار الشـرط
فى معاملات المصارف الإسلامية

يشتمل هذا المطلب على فرعين ، الأول يبين دور خيار الشرط كواحد من الضمانات المهمة فى معاملات المصارف الإسلامية ، والثاني يشرح بعض التطبيقات المعاصرة لخيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية.

الفرع الأول
خيار الشرط كاحد الضمانات المهمة فى معاملات المصارف الإسلامية

تمثل الضمانات أهم عوامل الأمان من الضرر فى الممارسات والمعاملات المصرفية التى يكتنفها الخطر ، حيث من المعلوم أن المصرف الإسلامى يقوم بالعديد من المعاملات ؛ كالتمويلات الداخلية والخارجية وإبرام العقود وغير ذلك ، ولاشك أن فى كثير من هذه المعاملات جانباً كبيراً من المخاطرة التى قد تؤدى بالمصرف إلى خسائر فادحة ؛ ولذلك يبحث المصرف الإسلامي عن الضمانات التي توفر له عوامل الأمان وتحميه قبل أن يتعرض للخطر.

ولعل أبرز الضمانات في شان المعاملات المصرفية هو خيار الشرط ؛ إذ يعد هذا الخيار أحد الضمانات الوقائية[1] التي تقي المصرف من الخطر المحظور ؛ لأنه ينشأ بموجب الإرادة المشتركة للطرفين بهدف التفكير والتروي ودرء الخطر قبل الإقدام على إتمام العقد ، ومن ثم فإن هذا الخيار يتيح للمعاملات الاستقرار ، وتمام الرضا حيث يستطيع المصرف الإسلامي الاعتماد على هذا الخيار؛ كأحد الضمانات التي تدرأ الخطر عن المصرف قبل وقوعه ؛ فالمصرف الإسلامي لا يقدم على تنفيذ المعاملة المالية إن

---

(١) راجع : الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية للدكتور عبد المجيد محمود البعلى ص١٥٩، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط١ ١٩٩١م.

كان له الخيار إلا بعد التروي ودراسة الجدوى واكتمال الرضا ، وهذا يجنبه -ولاشك- الخسائر التي قد تلحق به عند الدخول في صفقات دون ترو.

وعلى ذلك فإن خيار الشرط يلعب دوراً مهماً في معاملات المصارف الإسلامية ، ولا ينحصر هذا الدور على خيار الشرط فحسب ، وإنما ينطبق كذلك على بقية الخيارات الشرطية ، وهي خيار النقد وخيار التعيين ؛ حيث يستطيع المصرف الإسلامي الاستفادة منها كتلك الاستفادة التي يحققها خيار الشرط .

ولذا فإن البحث عن المعالجات الإسلامية للخطر والمخاطرة هو الأساس في المعاملات المالية بصفة عامة[١] ، وفي معاملات المصارف الإسلامية بصفة خاصة ؛ لأنها في حاجة ماسة إلى الضمانات اللازمة لكي تنهض بأعمالها ، وتمارس أنشطتها المصرفية بمنأى عن الخطر ، دون أن تلحق بها الخسائر الفادحة التي قد تؤدي إلى فشلها وإعاقتها عن مواصلة رسالتها الجليلة، لاسيما وأن هذه المصارف تعد حديثة نسبياً وهي بحاجة إلى الحفاظ على أموالها وأصولها .

ومن الجدير بالذكر أن هناك ضمانات أُخر حثت عليها الشريعة الإسلامية ؛كالصدق في المعاملات ، والأمانة ، والنهي عن الغرر ، والغش ، والجهالة ، والتدليس ، والاستغلال ؛ وغير ذلك ، ولن يتم ذكر ماهية هذه الضمانات لوقوعها خارج نطاق البحث، حيث سأكتفي بتسليط الضوء على خيار الشرط هنا بوصفه يمثل أحد الضمانات المهمة في معاملات المصارف الإسلامية ، بهدف إبراز دور هذا الخيار في معاملات المصارف الإسلامية لكونه بمثابة العقد الشرعي المباح ، والذي يحق للمصرف أن يتحصن به لكي يحمي نفسه من الانزلاق في المخاطرة وما ينشأ عنها من عواقب وخيمة

---

(١) المرجع السابق ص١٥٩.

الفرع الثاني

التطبيقات المعاصرة لخيار الشرط في معاملات المصارف الإسلامية

قد تلجأ المصارف الإسلامية لخيار الشرط لدرء المخاطرة ، أو كمخرج شرعى يمنحها المشروعية والطمأنينة ، فقد ترغب فى توفير السلع أو الخدمات غير الموجودة فى الأسواق المحلية ، أو تعمل على تصديرها إلى الخارج بغية تنشيط عملية التجارة الداخلية والخارجية ، وقد تبيع بالتقسيط أو تقوم بالشراء بناء على وعد من أحد الزبائن أو غير ذلك من المعاملات .

وسيتم ذكر تطبيقات خيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية ، مع الإشارة إلى المستند الشرعي لتلك التطبيقات ،وذلك على النحو الآتي:

أولاً : خيار الشرط والوعد بالشراء :

وقبل أن نبين كيفية تطبيق خيار الشرط فى مسألة الوعد بالشراء ، يجب الإشارة إلى أن أسلوب البيع بالخيار فى حالة الوعد بالشراء هو من ابتداع بعض فقهاء المسلمين ، حيث إن أول من أرشد إلى هذه الطريقة هو الفقيه الحنفى الجليل محمد بن الحسن الشيبانى وتبعه فى ذلك السرخسي وابن قيم الجوزية.

جاء فى كتاب المخارج فى الحيل: " أرأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشترى داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شراء الدار ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها فتبقى الدار في يد المأمور كيف الحيلة فى ذلك قال يشترى المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها ويجى الآمر إلى المأمور فيقول له قد أخذت منك هذه الدار بألف درهم ومائة درهم فيقول له المأمور هى لك بذلك فيكون ذلك للآمر لازماً ويكون استيجاباً من المأمور للمشترى".[١]

وروى هذه المسألة السرخسي[٢] بتفصيل أكثر حيث قال: " رجل أمر رجلاً أن يشترى داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر منه بألف ومائة ، فخاف

(١) راجع: كتاب المخارج لمحمد بن حسن الشيبانى ص٣٧، مكتبة المثنى ، بغداد ، العراق ، ١٩٣٠م .

(٢) راجع: المبسوط ج٣٠ ص٢٣٧-٢٣٩.

المأمور إن اشتراها أن لا يرغب الآمر في شرائها [١] قال يشترى الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيها ويقبضها ثم يأتيه الآمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة فيقول المأمور هى لك بذلك ... وإن لم يرغب الآمر فى شرائها يمكن المأمور من ردها بشرط الخيار فيندفع الضرر عنه بذلك".

وقد ذكر ابن القيم [٢] هذه المسألة فى المثال الحادى بعد المائة ، إذ قال : " رجل قال لغيره اشتر هذه الدار أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا ، وأنا أربحك فيها كذا وكذا ، فخاف أن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها ولا يتمكن من الرد ، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر ، ثم يقول للآمر : قد اشتريتها بما ذكرت ؛ فإن أخذها منه وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار ، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خياراً أنقص من مدة الخيار التى اشترطها هو على البائع ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه".

<u>ومن هذه الأقوال تتضح الأمور الآتية</u> :

أولاً : أجازوا للشخص أن يطلب من الغير أن يشترى له سلعة محددة بناء على رغبته فى الشراء ، ويكون ذلك على سبيل المرابحة أم دون مرابحة ، كأن يقول أحدهم ويسمى الآمر للآخر ويسمى المأمور اشتر لى سلعة كذا بكذا وأنا أربحك كذا فهذا وعد بالشراء ، فإذا قام المأمور بالشراء وجب عليه أن يحتاط لنفسه وذلك باشتراط خيار الشرط لنفسه لمدة معينة ، فإن نكث الآمر بوعده فهنا يستطيع المأمور أن يرد السلعة بموجب خيار الشرط ويسقط خياره.

ثانياً : إذا افترضنا أن المأمور اشترى السلعة بموجب أمر الآمر لكن الأخير عندما رأى السلعة اشترط لنفسه الخيار أيضاً ؛ فعندئذ يجب على المأمور أن يتفق مع الآمر على خيار شرط بمدة انقص من مدة الخيار التى اشترطها المأمور مع البائع

---

(١) والمقصود بذلك أن تبدو للآمر ثم يراها ويرفض أن يشتريها بمعنى أن يتنصل عن الوعد الذى وعد به المأمور.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج٤ ص٢٦ ، ومن الجدير بالذكر أن ابن القيم يرى أنه يجوز اشتراط خيار الشرط فى البيع فوق ثلاثة أيام . راجع أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ج٤

الأصلي ليتسع له زمن الرد إن ردت السلعة من قبل الآمر ، وهذا ما ذكره ابـن القيم صراحة .

ثالثا : المستخلص من أقوال الفقهاء أنهم أجازوا استخدام خيار الشرط كمخرج شـرعي الهدف منه دفع الضرر عن أحد العاقدين ؛ لأن الوعد بالعقد غيـر ملـزم ، والمخـارج الشرعية جائزة ؛ لأن الشخص يتوصل من خلالها إلى الحق أو إلى دفع الظلـم بطريقـة مباحة.[١]

وبناء على أقوال الفقهاء ؛ فإنه يجوز للمصرف الإسلامي أن يـستفيد مـن خيـار الشرط ، ويطبقه في المعاملة التي يتلقى فيها الوعد بالشراء ؛ فقد يتلقى المصرف طلبات من الراغبين في شراء بعض السلع أو المعدات من الخارج مثلاً بناء على وعـد مـنهم بالشراء ، وهنا دور المصرف يكمن في استيراد البضائع أو المعدات أو الأجهـزة التـي طلبها ؛ لأن المصرف قد لا يملكها ولا يستطيع توفيرها إلا بالشراء ، ولما كان الوعد [٢] بالشراء غير ملزم بالنسبة للواعد[٣] ؛ فإن خيار الشرط هنا يمثل ضمانة مهمـة بالنـسبة

---

(١) راجع : أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ج٣ ص٢٣ ، ٣١٢ .

(٢) عرف بعض الفقهاء الوعد بأنه: " إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل" ، راجع : فـتح العلـي المالك في الفتوى علـى مـذهب الإمـام مالـك لعلـيش ج١ ص٢٥٤ ،مطبعـة مـصطفى حلبـي ، القاهرة،١٩٥٨م، والفروق للقرافي ج٤ ص٢٤ . ومن الجدير بالذكر أن الوعد يعد عملاً من أعمـال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ، وله أنواع كثيرة ، فقد يكون من جهة واحدة كان يعد أحدهم الآخر ببيعه قطعة من الأرض ، وقد يكون من جهتين ، كان يتواعد طرفان على البيع والشراء ، وقـد يكـون محل العقد مالاً أو غير مال ؛ كالوعد بالزواج وغير ذلك. راجع : الوعد بالتعاقد للدكتور سـيف رجـب قزامل ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، فرع طنطا ص١٢٤، العـدد الثـاني ، ١٩٨٧م .

(٣) يعد الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق ، ومن الفضائل التي حثت عليها الـشريعة الإسـلامية ، غيـر أن الوفاء بالوعد عند الجمهور(الأحناف والشافعية والحنابلة والظاهرية) غير واجب ، بل مـستحب ؛ فلـو تركه الواعد فاته الفضل ،وقد ذكر ابن نجيم أنه لا يلزم الوفاء بالوعد إلا إذا كان معلقا ؛ لأنـه إذا كـان معلقا يظهر منه معنى الالتزام ،وقال ابن حجر الهيتمي : " لا يلزم الوفاء بالوعد " وذكـر البهـوتي أن الوفاء بالوعد غير لازم عند أحمد ، وكثير من العلماء ، وقد ميز بين العهد ، والوعـد ؛ فالعهـد يعنـي اليمين ، وقد تناول ابن حزم الظاهري هذه المسالة باستفاضة ؛ حيث ذكر أن من وعد آخر بان يعطيـه مالاً معيناً أو غير معين أو بأن يعينه في عمل ما – حلف له على ذلك أم لم يحلف – لم يلزمه الوفاء به ، ويكره له ذلك ، وكان الأفضل لو وفى به ، وسواء أدخله بذلك في نفقه أم لم يدخله ؛ كمن قال تـزوج

للمصرف الإسلامي ، حيث يشترى المصرف السلعة الموعود بشرائها مع اشتراط خيار الشرط له خلال مدة محددة تكفى عادة للتوثق من تصميم الواعد بالشراء وصدور إرادته بذلك لإتمام العقد[١] .

وعند استيراد المصرف للسلعة يطالب الواعد بتنفيذ وعده وشراء السلعة المستوردة ويكون المصرف عند ذلك أمام ثلاثة احتمالات :

(١) **الاحتمال الأول** : أن يقوم الواعد بتنفيذ وعده ، وهذا من مكارم الأخلاق التي حثت عليها الشريعة الإسلامية ، ويبرم العقد ويشترى السلعة فهنا المصرف يبيع السلعة ؛ لأن مجرد موافقته على البيع يسقط حقه في خيار الشرط ، ويصبح البيع باتاً بالنسبة له ، وبذلك فإن المصرف قد باع ما يملكه ؛ لأن ملكية المبيع تنتقل إلى المشترى إن كان الخيار له وحده. [٢]

(٢) **الاحتمال الثاني** : أن يخلف الواعد وعده ، وهذا قد يحصل لسبب أو لآخر ؛ فقد يخلف الواعد وعده بسبب خارج عن إرادته كأن يتعرض التاجر للإفلاس ، أو تلم به نائبة من نوائب الدهر ، وعندئذ فإن دور خيار الشرط يبرز جلياً ؛ إذ يستطيع المصرف الإسلامى أن يدرأ عن نفسه الخسارة المحققة من خلال رد المبيع المستورد إلى مالكه الأصلي قبل أن تنقضي مدة خيار الشرط ؛ وبذلك فقد وفر

= فلانه ، وأنا أعينك في صداقها بكذا وكذا . وقد خالف الإمام مالك الجمهور حيث يرى أنه يجب الوفاء بالوعد إذا دخل الموعود في كلفة ، ومما تقدم يتضح أن رأي الجمهور هو الراجح ؛ لأن الإنسان مندوب إلى الوفاء بالوعد من غير أن يكون ذلك مستحقاً عليه . راجع : المراجع على حسب ورودها في السياق : كتاب غمز عيون البصائر لابن نجيم (شرح أحمد الحموي) ج٣ ص٢٣٧ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١ ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م ؛ والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ج٢ ص٣٠٣ ؛ وكشاف القناع للبهوتي ج٦ ص٢٨٤ ؛ والمحلى لابن حزم الظاهري ج٦ ص٢٨٧ ، والفروق للقرافي ج٤ ص٢٤ ، وأحكام القران لابن العربي ج٤ ص٨١ .

(١) راجع: أسلوب المرابحة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية للدكتور عبد الستار أبوغدة ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ج٢ ص١٢٣٥ العدد الخامس، جدة ، ١٩٨٨م ، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكتور عمر سليمان الأشقر وآخرين ص٥٨١ ، دار النفائس ، عمان ، ط١ ،١٩٩٨م ؛ ومشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور محمد صلاح الصاوي ص٦٤٧ ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط١ ١٩٩٠م .

(٢) وهذا هو الرأي الفقهي الذي ظهر رجحانه كما تقدم .

خيار الشرط الحماية والضمانة الأكيدة للمصرف الإسلامي عند عدم الوفاء بالوعد ..

(٣) **الاحتمال الثالث :** إن يفي الواعد بوعده ، ولكن يشترط لنفسه الخيار ، والواجب هنا أن يتفق المصرف والواعد على خيار شرط بمدة أقل من المدة التي اتفق عليها المصرف مع البائع الأصلي ، حتى يتسع للمصرف الزمن لكي يرد المبيع إن قام الواعد برد المبيع في مدة الخيار التي أعطيت له (للواعد).

ومن الجدير بالذكر أن مصروفات نقل السلعة ؛ كالاتصالات وغير ذلك ، تقع على المصرف ؛ لأنها مخاطر محتملة في التجارة ولا ضرر من ذلك. [١]

وعلى هذا الأساس فإن خيار الشرط يعمل على تمكين المصرف الإسلامي من الدخول في مبادرات الشراء للسلع التي يتوقع أنها مرغوبة من الناس ، ويتيح للمصرف فرصة ليثبت وجوده في السوق ، حيث يتلقى رغبات الشراء ، من العملاء ورغبات البيع من المصدرين. [٢]

ثانياً : خيار الشرط وعمليات التمويل الخارجي والداخلي :

يسهم المصرف الإسلامي إسهاما فعالاً في تمويل التجارة الداخلية والخارجية ، ويعد هذا النشاط صورة من صور الاستثمار المشروع الذي يمارسه المصرف الإسلامي كجزء من لوازم العقيدة الإسلامية [٣] ؛ ويحرص المصرف الإسلامي عند ممارسة هذا النشاط على توخي أفضل العمليات التمويلية التي تعود بالفائدة على المجتمع المسلم ، وتعود أيضاً بالربح المحقق للمصرف ذاته .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو : ما هي الفائدة التي يحققها المصرف من خيار الشرط في مسألة التمويل الداخلي أو الخارجي ؟

---

(١) راجع : مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور محمد الصاوي ، مرجع سابق ص٦٤٧.

(٢) راجع : بحث أسلوب المرابحة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية للدكتور عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص١٢٣٦ .

(٣) راجع : المصرف الإسلامي علمياً وعملياً للدكتور عبد السميع المصري ، مرجع سابق ص٥١ .

وقد تناول بعض المعاصرين هذا النوع من العقود واختلفوا فيه ؛ إذ أجازه بعضهم ،ورفضه الآخرون[١] ، ومع ذلك أجازه مجمع الفقه الإسلامى [٢] بعد أن أوجد له الأحكام التى تتفق مع الشريعة الإسلامية الغراء ، وأما الكيفية التى يستفيد بها من خيار الشرط فى معاملات المصرف الإسلامى فى هذين العقدين ، فتكمن فـــي أن المـــصرف الإســـلامى يشترط لنفسه الخيار فيهما ، فعند تأجير المصرف المعدات إلى الشركات أو العملاء يتفق معهم على أن الأجرة تدفع مقدما حيث يشترط المصرف لنفسه الخيار لمدة عشرين يومـــا مثلاً ، وفي هذه المدة يستطيع أن يفسخ العقد إذا تبين له أن المستأجر يماطل فـــي دفـــع الأجرة ، أو أنه غير جاد في إتمام العقد ، أو أن هناك ظروفا ألمت بالمـــصرف جعلتـــه يفسخ العقد بموجب الخيار .

ولذلك فمن حق المصرف أن يشترط لنفسه الخيار عند التعاقد حتى يدرأ الخطـــر عن نفسه لكون الخيار واحداً من الضمانات التى تحمى المصرف الإسلامى من المخاطرة -كما تقدم- ؛ ولذا فعند مماطلة المستأجر يحق للمصرف فسخ العقد بموجب خيار الشرط؛

---

(١) راجع : الإيجار الذي ينتهي بالتمليك للشيخ عبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ص٢٦٦١-٢٦٦٢ ، العدد الخامس ، جـــدة ١٩٨٨م ، والتـــأجير المنتهـــي بالتمليـــك والصور المشروعة فيه للدكتور/ حسن على الشاذلي ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي' الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – منظمة المؤتمر الإسلامي' ص٢٦١٢ ، العدد الخامس ، جـــدة ١٤٠٩ هـــ /١٩٨٨م ، والإجارة بشرط التمليك لمحمد على التسخيري بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ج٤ ص٢٦٧٧-٢٦٧٨، العدد الخامس ، جدة ١٩٨٨م .

(٢) أقر مجمع الفقه الإسلامى موضوع الإيجار المنتهى بالتمليك حيث جاء في القرار رقم ٦ لسنة ١٩٨٨م ما يلي:

أولاً : الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهى بالتمليك ببدائل أخرى منها البديلان التاليان :

الأول : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية .

الثاني : عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقـــساط الإيجاريـــة المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية :

- مد مدة الإجارة .
- انهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها .
- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة. راجع : مجلة مجمع الفقـــه الإســـلامي العدد الخامس المرجع السابق ص٢٧٦٣ .

لأن مماطلة المستأجر تدل على أنه غير جدير بالثقة ، وأن التعامل معه سيكلف المصرف الإسلامي خسائر قد تؤدى إلى إرباكه وتعطيل نشاطه .

ويجوز للمصرف الإسلامي أن يبرم مع العميل عقد إيجار حقيقي مع عقد بيع بخيار الشرط للمصرف على أن يتم عقد البيع على ثمن خاص للمبيع يشبه أمثاله ؛ كأن يقوم المصرف بتأجير بعض معداته إلى العميل مع عقد بيع بخيار الشرط ، على أن يتم الاتفاق على مقدار الثمن ، ويوزع نجوماً على الأشهر المحددة للإيجار التي تتناسب مع مدة الخيار، ويصبح المبيع مملوكاً للعميل بعد انقضاء مدة خيار الشرط ، أو عند إجازة العقد من قبل البائع (المصرف) ، ويحق للمصرف فسخ العقد بموجب خيار الشرط إذا ظهر له أن العميل يماطل في دفع الأجرة ، أو عدم جديته في إتمام العقد .

واجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع جائز في عقد واحد لتوافق أحكام البيع مع أحكام الإيجار في الأركان والشروط غالبا شريطة أن يكون لكل منهما موضوع خاص به في رأي كثير من العلماء ، ومنهم المالكية، والحنابلة، والشافعية[١] الذين أجازوا اجتماع العقدين ؛ كمن يشتري ثوباً على أن يخيطه البائع ، وقد استحسن بعض المعاصرين[٢] فكرة ارتباط العقدين(البيع والإيجار) ، وذكر أنه يجوز أن يجتمع عقد الإيجار مع عقد البيع بخيار الشرط ، وقد حاولت الاستفادة من هذه المسألة ، وتطبيقها على معاملات المصارف الإسلامية بالصورة التي تقدم ذكرها .

هذه هي تطبيقات خيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية ، والتي وقفت في العثور عليها ، ولا شك فى أن المصارف الإسلامية ستحتاج إلى خيار الشرط فى معاملاتها المالية ، لاسيما وأن الحياة المعاصرة تفرز معاملات جديدة تحتاج فيها

---

(١) راجع :حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٥ وجاء فيها" ولا تفسد الإجارة مع بيع صفقة واحدة ، ولا يفسد البيع أيضا" والبهجة في شرح التحفة للتسولي ج٢ ص١٠ ،ومغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٤١ ، والروض المربع للبهوتي ج٢ ص٢٣٧ وجاء فيه " يجوز اجتماع عقد البيع مع الإجارة كأن يشترط المشتري على البائع نفعا معلوما في مبيع كحمل الحطب المبيع إلى موضع معلوم أو تكسيره أو خياطة الثوب المبيع أو تفصيله إذا بين نوع الخياطة أو التفصيل " ، وكشاف القناع للبهوتي ج٢ ص٢٩ .

(٢) راجع : الإيجار الذي ينتهي بالتمليك لعبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس ، مرجع سابق ص٢٦٧٣.

المصارف إلى الضمان الذى يكفل لها ممارسة أنشطتها دون خسائر، وقد هدفت من ذلك ربط القديم بالجديد حتى يصلح زماننا هذا بما صلح به زمان أسلافنا الصالحين .

الباب الثاني

خيـــــار النقـــــد



خيار الشرط الحماية والضمانة الأكيدة للمصرف الإسلامي عند عدم الوفاء بالوعد .

(٣) **الاحتمال الثالث :** إن يفى الواعد بوعده ، ولكن يشترط لنفسه الخيار ، والواجب هنا أن يتفق المصرف والواعد على خيار شرط بمدة أقل من المدة التى اتفق عليها المصرف مع البائع الأصلى ، حتى يتسع للمصرف الزمن لكى يرد المبيع إن قام الواعد برد المبيع فى مدة الخيار التى أعطيت له (للواعد).

ومن الجدير بالذكر أن مصروفات نقل السلعة ؛ كالاتصالات وغير ذلك ، تقع على المصرف ؛ لأنها مخاطر محتملة فى التجارة ولا ضرر من ذلك. [١]

وعلى هذا الأساس فإن خيار الشرط يعمل على تمكين المصرف الإسلامي من الدخول فى مبادرات الشراء للسلع التى يتوقع أنها مرغوبة من الناس ، ويتيح للمصرف فرصة ليثبت وجوده فى السوق ، حيث يتلقى رغبات الشراء ، من العملاء ورغبات البيع من المصدرين. [٢]

<u>ثانياً : خيار الشرط وعمليات التمويل الخارجى والداخلى :</u>

يسهم المصرف الإسلامى إسهاما فعالاً في تمويل التجارة الداخلية والخارجية ، ويعد هذا النشاط صورة من صور الاستثمار المشروع الذي يمارسه المصرف الإسلامى كجزء من لوازم العقيدة الإسلامية [٣] ؛ ويحرص المصرف الإسلامى عند ممارسة هذا النشاط على توخى أفضل العمليات التمويلية التى تعود بالفائدة على المجتمع المسلم ، وتعود أيضاً بالربح المحقق للمصرف ذاته .

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا هو : ما هى الفائدة التي يحققها المصرف من خيار الشرط فى مسألة التمويل الداخلى أو الخارجى ؟

---

(١) راجع : مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية للدكتور محمد الصاوى ، مرجع سابق ص٦٤٧.

(٢) راجع : بحث أسلوب المرابحة والجوانب الشرعية التطبيقية فى المصارف الإسلامية للدكتور عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص١٢٣٦ .

(٣) راجع : المصرف الإسلامى علمياً وعملياً للدكتور عبد السميع المصرى ، مرجع سابق ص٥١ .

للإجابة عن ذلك وجدت أن الفائدة التي يحققها المصرف الإسلامي تكمن في أنه يقوم بشراء السلعة المطلوبة من الخارج ، والتي يرى بعد الدراسة والتمحيص أن لها فائدة مرجوة في بلد المصرف ؛ كاستيراد بعض المعدات الصناعية أو الزراعية أو الطبية أو غيرها ، ويشترط لنفسه خيار الشرط لمدة معلومة تكون كافية للتوثق من وجود الزبائن الراغبين في شراء هذه السلعة ، وعند العثور عليهم يبرم المصرف معهم عقوداً على تلك الصفقة ، وبمجرد إتمام تلك العقود يسقط خياره، وبهذا يستطيع المصرف أن يضمن تصريف البضاعة أو السلعة المستوردة. [١]

ولكن إذا افترضنا أن المصرف لم يتمكن من بيع السلعة المستوردة لسبب أو لآخر عندها يستطيع بموجب خيار الشرط أن يردها ويفسخ البيع خلال المدة المحددة لخيار الشرط ، وبهذا فإن المصرف يقوم بدور كبير في عملية التمويل ؛ إذ يسهم في تنشيط حركة التجارة الداخلية والخارجية ، ولا يتعرض للضرر إذا ردت السلع ، أما في حالة بيعها فيكسب المصرف .

ولا تنحصر مهمة المصرف الإسلامي في شراء السلع من الخارج ، بل إنه يسهم كذلك في تصدير السلع المحلية بمختلف أشكالها إلى الخارج بالاستفادة من خيار الشرط ؛ إذ يشترط لنفسه الخيار فإن باعها سقط خياره ، وصار العقد باتاً في مواجهة البائع المحلي الذي تعاقد معه المصرف بموجب خيار الشرط ، أما إذا لم يتمكن المصرف من بيع السلعة في الخارج ؛ فعندئذ يحق له ردها إلى مالكها (البائع المحلي) دون ضرر ، ويكون

---

(١) وقد عقدت ندوة في عمان لمناقشة إستراتيجية الاستثمار في المصارف الإسلامية (الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات) بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث في جدة ، شوال/ ١٤٠٧ ، وقد تمخض عن هذه الندوة ذكر صورتين لخيار الشرط يمكن تطبيقهما في معاملات المصارف الإسلامية :

١. الاستفادة من خيار الشرط بناءً على رغبة ووعد بالشراء، وقد تقدم تفصيل مضمون هذه الصورة.
٢. المبادرة لتوفير سلع مرغوبة في السوق ، وتتجسد هذه الصورة في أن المصرف الإسلامي يشترى سلعة من الأسواق المحلية أو العالمية مع اشتراط الخيار (حق الفسخ) خلال مدة معلومة تكفي عادة للتوثق من وجود راغبين يبرم معهم عقوداً على تلك الصفقة ، ويحق للمصرف (المشترى) أن يبرم عقوداً على تلك الصفقة مع الراغبين في شرائها وبمجرد إتمام العقد ينتهي الخيار . راجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ج٢ ص١٢٣٥ العدد الخامس، مرجع سابق .

بذلك المصرف قد أسهم في تعريف الأجنبي بالبضائع الإسلامية ومحتوياتها ، كما أسـهم في تنشيط التجارة ،والقضاء على تدكيس البضائع وجلب العملات الأجنبية. [١]

وحتى إذا افترضنا أن المصرف الإسلامي قد قام بعملية التمويل المطلوبة للتصدير للخارج أو الداخل وانتهت مدة الخيار دون أن يتمكن من البيع أو دون أن يتمكن الجمهور أو العملاء من التعرف على السلعة وخصائصها ، فإن المصرف يستطيع أن يقضي على هذه الإشكالية بتجديد مدة خيار الشرط قبل انتهائها لمدة أخرى ، وذلك بالاتفاق مع العاقد الآخر على تجديد المدة ، وهذا الأمر له مستند شرعي حيث أجاز فقهاء الحنابلة والزيدية تجديد مدة الخيار برضا الطرفين[٢] ، ويبدو لي أن مسالة تجديد مدة الخيار تعد مخرجـاً شرعياً مهماً؛ إذ يمكن تطبيقها في الواقع العملي سواء أكانت المدة مقدرة بثلاثة أيام على قول أبي حنيفة والشافعي ومن حذا حذوهما أم كانت أكثر من ذلك وفقا لـرأي الحنابلـة والمالكية والزيدية ومن سلك مسلكهم .

ثالثاً : خيار الشرط وعقدي التأجير التمويلي والتأجير المنتهي بالتمليك :

وقبل أن أبين الكيفية التي يستفيد بها المصرف الإسلامي من خيار الـشرط فـي هذين العقدين ، أود أن أعطي فكرة موجزة للتعريف بهما ، **فالتأجير التمويلي** هو شـراء المعدات الكبيرة المعمرة كتلك التي تحتاجها الشركات والمصانع والعملاء والقيام بتأجيرها للشركات أو للعملاء نظير أقساط شهرية أو سنوية كنوع من تمويل هؤلاء العملاء للقيـام بعملياتهم الكبيرة، [٣] وقد ينتهي التأجير بالتمليك لهذه المعدات ، وهذا ما يسمى بالإيجـار المنتهي بالتمليك ، وهو من العقود المعاصرة .

---

(١) راجع : المصرف الإسلامي علمياً وعملياً لعبد السميع المصري ، مرجع سابق ص٥٥.

(٢) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٣ ، ص٢٠٢ والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الـصنعاني ج٢ ص٤٠٨ .

(٣) راجع : المصرف الإسلامي علمياً وعملياً لعبد السميع المـصري ، مرجـع سـابق ص٧١ ، والبنـوك الإسلامية والرقابة عليها للدكتور أحمد معين فؤاد ، مقال منشور في مجلة البنـوك الإسـلامية ص٩ ، العدد (٤١) إبريل ١٩٧٥م .

وقد تناول بعض المعاصرين هذا النوع من العقود واختلفوا فيه ؛ إذ أجازه بعضهم ،ورفضه الآخرون[١] ، ومع ذلك أجازه مجمع الفقه الإسلامي [٢] بعد أن أوجد له الأحكام التي تتفق مع الشريعة الإسلامية الغراء ، وأما الكيفية التي يستفيد بها من خيار الشرط في معاملات المصرف الإسلامي في هذين العقدين ، فتكمن في أن المصرف الإسلامي يشترط لنفسه الخيار فيهما ، فعند تأجير المصرف المعدات إلى الشركات أو العملاء يتفق معهم على أن الأجرة تدفع مقدما حيث يشترط المصرف لنفسه الخيار لمدة عشرين يوما مثلاً ، وفي هذه المدة يستطيع أن يفسخ العقد إذا تبين له أن المستأجر يماطل في دفع الأجرة ، أو أنه غير جاد في إتمام العقد ، أو أن هناك ظروفا ألمت بالمصرف جعلته يفسخ العقد بموجب الخيار .

ولذلك فمن حق المصرف أن يشترط لنفسه الخيار عند التعاقد حتى يدرأ الخطر عن نفسه لكون الخيار واحداً من الضمانات التي تحمي المصرف الإسلامي من المخاطرة -كما تقدم- ؛ ولذا فعند مماطلة المستأجر يحق للمصرف فسخ العقد بموجب خيار الشرط؛

---

(١) راجع : الإيجار الذي ينتهي بالتمليك للشيخ عبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه ؛ بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ص٢٦٦١-٢٦٦٢ ، العدد الخامس ، جدة ١٩٨٨م ، والتأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه للدكتور/ حسن علي الشاذلي ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي' الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – منظمة المؤتمر الإسلامي' ص٢٦١٢ ، العدد الخامس ، جدة ١٤٠٩ هـ /١٩٨٨م ، والإجارة بشرط التمليك لمحمد علي التسخيري بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ج٤ ص٢٦٧٧-٢٦٧٨، العدد الخامس ، جدة ١٩٨٨م .

(٢) أقر مجمع الفقه الإسلامي موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك حيث جاء في القرار رقم ٦ لسنة ١٩٨٨م ما يلي:

أولاً : الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى منها البديلان التاليان :

الأول : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية .

الثاني : عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية :

- مد مدة الإجارة .
- انهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها .
- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة. راجع : مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس المرجع السابق ص٢٧٦٣ .

لأن مماطلة المستأجر تدل على أنه غير جدير بالثقة ، وأن التعامل معه سيكلف المصرف الإسلامي خسائر قد تؤدى إلى إرباكه وتعطيل نشاطه .

ويجوز للمصرف الإسلامي أن يبرم مع العميل عقد إيجار حقيقي مع عقد بيع بخيار الشرط للمصرف على أن يتم عقد البيع على ثمن خاص للمبيع يشبه أمثاله ؛ كأن يقوم المصرف بتأجير بعض معداته إلى العميل مع عقد بيع بخيار الشرط ، على أن يتم الاتفاق على مقدار الثمن ، ويوزع نجوماً على الأشهر المحددة للإيجار التي تتناسب مع مدة الخيار، ويصبح المبيع مملوكاً للعميل بعد انقضاء مدة خيار الشرط ، أو عند إجازة العقد من قبل البائع (المصرف) ، ويحق للمصرف فسخ العقد بموجب خيار الشرط إذا ظهر له أن العميل يماطل في دفع الأجرة ، أو عدم جديته في إتمام العقد .

واجتماع عقد الإجارة مع عقد البيع جائز في عقد واحد لتوافق أحكام البيع مع أحكام الإيجار في الأركان والشروط غالبا شريطة أن يكون لكل منهما موضوع خاص به في رأي كثير من العلماء ، ومنهم المالكية، والحنابلة، والشافعية[1] الذين أجازوا اجتماع العقدين ؛ كمن يشتري ثوباً على أن يخيطه البائع ، وقد استحسن بعض المعاصرين[2] فكرة ارتباط العقدين(البيع والإيجار) ، وذكر أنه يجوز أن يجتمع عقد الإيجار مع عقد البيع بخيار الشرط ، وقد حاولت الاستفادة من هذه المسالة ، وتطبيقها على معاملات المصارف الإسلامية بالصورة التي تقدم ذكرها .

هذه هي تطبيقات خيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية ، والتي وفقت في العثور عليها ، ولا شك فى أن المصارف الإسلامية ستحتاج إلى خيار الشرط فى معاملاتها المالية ، لاسيما وأن الحياة المعاصرة تفرز معاملات جديدة تحتاج فيها

---

(١) راجع :حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٥ وجاء فيها" ولا تفسد الإجارة مع بيع صفقة واحدة ، ولا يفسد البيع أيضا" والبهجة في شرح التحفة للتسولي ج٢ ص١٠ ،ومغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٤١ ، والروض المربع للبهوتي ج٢ ص٢٣٧ وجاء فيه " يجوز اجتماع عقد البيع مع الإجارة كأن يشترط المشتري على البائع نفعا معلوما في مبيع كحمل الحطب المبيع إلى موضع معلوم أو تكسيره أو خياطة الثوب المبيع أو تفصيله إذا بين نوع الخياطة أو التفصيل " ، وكشاف القناع للبهوتي ج٢ ص٢٩ .

(٢) راجع : الإيجار الذي ينتهي بالتمليك لعبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس ، مرجع سابق ص٢٦٧٣.

المصارف إلى الضمان الذى يكفل لها ممارسة أنشطتها دون خسائر، وقد هدفت من ذلك ربط القديم بالجديد حتى يصلح زماننا هذا بما صلح به زمان أسلافنا الصالحين .

الباب الثاني

خيار النقد



الباب الثاني

خيـــار النقـــد

<u>تمهيد وتقسيم :</u>

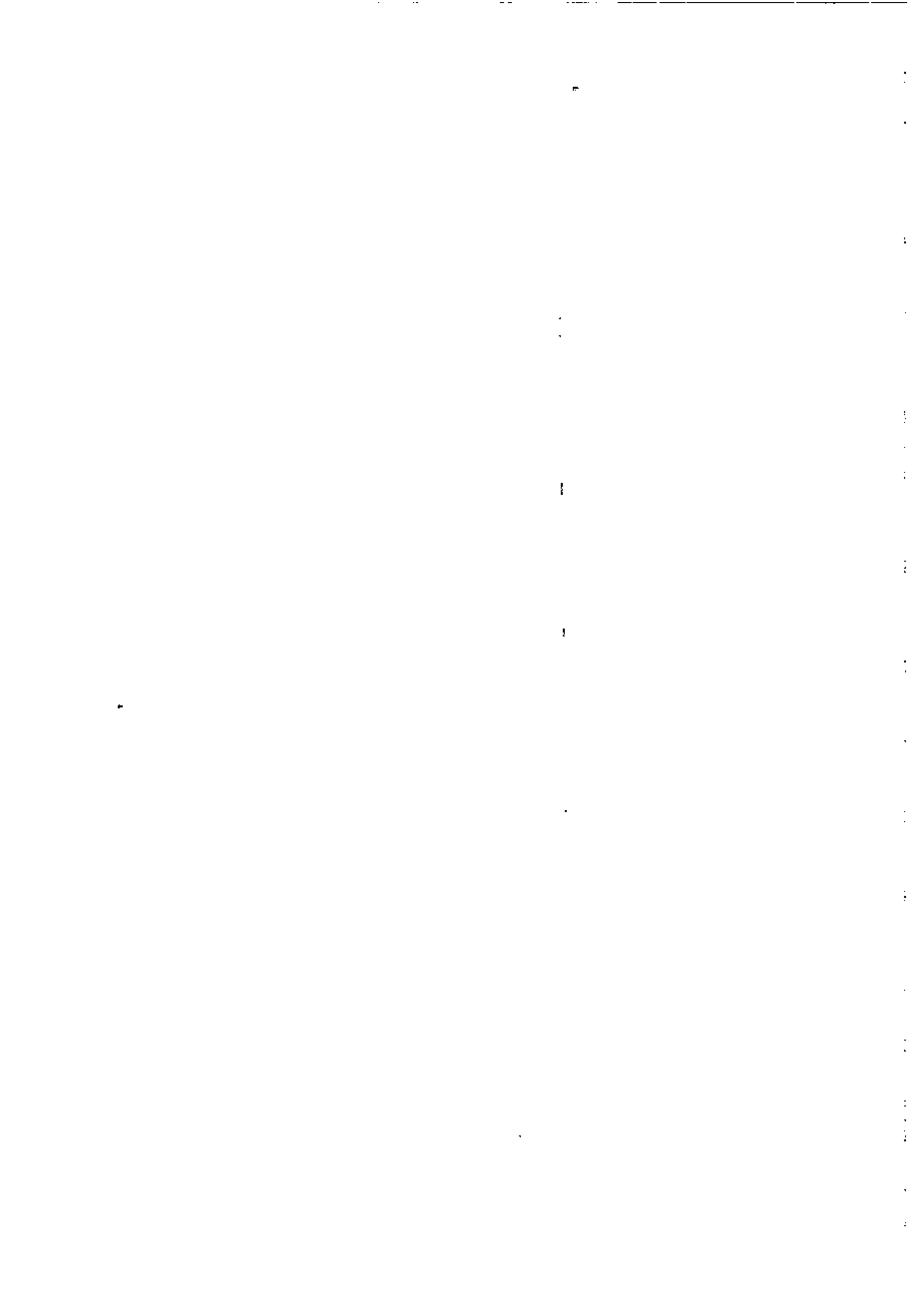
يعد خيار النقد واحداً من الخيارات الإرادية التي تثبت بسبب الشرط ؛ فهو ينـشأ بناءً على شرط في العقد تتفق عليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

وقد خصص هذا الباب لدراسة أحكام هذا الخيار عند الفقهاء المجيزين له ، وفـي القانون المدني اليمني ، إضافة إلى بيان بعض التطبيقات المعاصرة لهذا الخيار في مجال المعاملات المالية للمصارف الإسلامية ، وتفصيلاً لذلك تم توزيع هذا الباب إلـى ثلاثـة فصول على النحو الآتي :

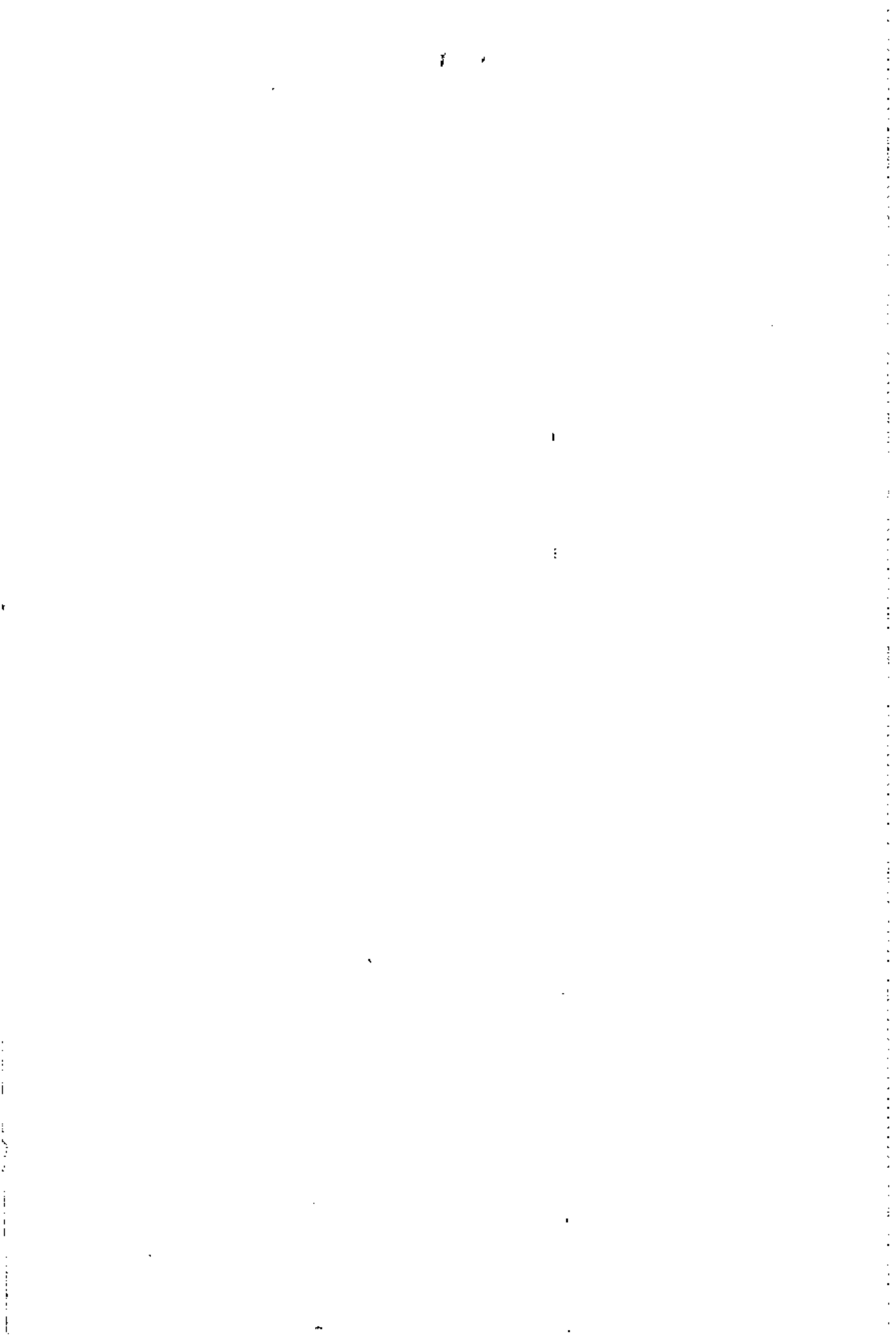
الفصل الأول : حقيقة خيار النقد ومشروعيته

الفصل الثاني : صاحب خيار النقد ومجاله وشروطه

الفصل الثالث : آثار خيار النقد ومسقطاته وتطبيقاته المعاصرة



الفصل الأول
حقيقة خيار النقد
ومشروعيته



الفصل الأول
حقيقة خيار النقد، ومشروعيته

تمهيد وتقسيم :

يبين هذا الفصل حقيقة خيار النقد ، من حيث التعريف به، وطبيعته ، وصوره وصلته بكل من خيار الشرط ، وبيع الوفاء ، والإقالة ، كما يدرس دليل مشروعيته ، إضافة إلى بيان موقف القانون المدني اليمني من كل هذه الأمور ، وتفصيلاً لذلك قسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي :

المبحث الأول: حقيقة خيار النقد

المبحث الثاني :مشروعية خيار الشرط



المبحث الأول
حقيقة خيار النقد

يتناول هذا المبحث التعريف بخيار النقد ، وتحديد طبيعته وصوره وصلته بغيره من الألفاظ ، وتفصيل ذلك يأتي في ثلاثة مطالب خصص الأول لدراسة تعريف خيار النقد ، والثاني لبيان طبيعة هذا الخيار وصوره ، والثالث لدراسة صلته ببعض التصرفات المشابهة له.

المطلب الأول
تعريف خيار النقد

أولاً : معنى خيار النقد لغة :

خيار النقد مركب إضافي يتكون من كلمتين الأولى خيار وهي مضاف ، والثانية النقد ، وهي مضاف إليه ، وقد عرفنا معنى الخيار لغة ، واصطلاحاً ، ولم يبق هنا سوى معرفة النقد لغة : فالنقد في اللغة : يعني الإعطاء والإقباض ، وهو عكس النسيئة ، فيقال أعطاه فانتقدها، أي قبضها ، ويقال أعطيته الدراهم فانتقدها : أي قبضها ، فإذا قال فلان نقدني ثمنه : أي أعطانيه نقداً معجلاً[1] ، وعلى هذا الأساس فالنقد هو تسليم الثمن[2] أو إعطاؤه لصاحبه معجلاً.

ثانياً : تعريف خيار النقد اصطلاحاً :

(أ) - تعريف خيار النقد عند فقهاء المسلمين :

لم يضع الفقهاء المجيزون لخيار النقد تعريفاً محدداً له ، ولكن وردت عباراتهم دالة على مضمون هذا الخيار ، وذلك بذكر مفهومه بالتمثيل له ، ومن هؤلاء الإمام محمد

---

(١) للاستزادة راجع : لسان العرب لابن منظور ، باب النون ، مادة نقد ،ج٦ ص٤٥١٧ ، والقاموس المحيط للفيروزآبادى ، باب الدال فصل النون، مادة نقد ،ج١ ص٣٥٤ ، ومختار الصحاح للرازي ، باب النون ، مادة (ن ق د) ص٦٧٥ ، وتاج العروس للزبيدي ، فصل النون من باب الدال، مادة نقد ،ج٢ ص٥١٦-٥١٧.

(٢) الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أم نقص ، والقيمة هي ما قوم بـه الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولانقصان . راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٢٢ .

بن الحسن الشيباني ؛ إذ قال : "إذا اشترى الرجل بيعاً من رجل على أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فيذا جائز".[١]

وقال الزيلعي[٢] : " ولو باع على أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح" . وقال المرغيناني[٣] : " ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز". وقال ابن نجيم [٤] : "وإذا باع عبداً ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما كان جائزاً وهو بمعنى شرط الخيار للبائع" ، وقال ابن عابدين[٥] :" ولو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح" ، وقد ذكرت المادة (٣١٣) من مجلة الأحكام العدلية مضمون خيار النقد ؛ إذ جاء فيها : " إذا تبايعا على أن يؤدى المشترى الثمن في وقت كذا ، وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح"[٦] .

وقال ابن قدامة [٧] : " إن قال بعتك على أن تنقدنى الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة، وإلا فلا بيع بيننا ، فالبيع صحيح". وقال البهوتي [٨] : " وإن قال البائع بعتك على أن تنقدنى الثمن إلى ثلاثة أيام أو إلى مدة معلومة أقل من ذلك أو أكثر وإلا فلا بيع بيننا صح البيع أو قال المشترى اشتريت على أن تسلمنى المبيع إلى ثلاثة فإن لم تفعل فلى الفسخ صح البيع والشرط ، وله الفسخ إذا فات شرطه " .

وقد ذكر الشيعة الإمامية[٩]: صورة من صور خيار النقد ، وأطلقوا عليها اسم بيع الخيار ، وتكون حين يبيع البائع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها ويرتجع المبيع.

---

(1) كتاب الأصل ج١ ص١٣١ .

(2) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤ ص١٥ .

(3) الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٨ ، كما ورد مضمون هذا الخيار في كثير من كتب الأحناف، ومنها المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٠ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢

(4) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٦ ص٧ .

(5) حاشية رد المحتار على الدر المختار ج٧ ص١١٧

(6) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٧ .

(7) المغنى ج٤ ص١٢٩

(8) كشاف القناع ج٣ ص١٩٦

(9) راجع : كتاب المكاسب للأنصارى ج٢ ص٢٤٩، ورياض المسائل للطباطائى قده ج٥ ص١١٤ وتذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٢٩ ، والمختصر النافع للحلي ص١٤٥ .

هذه هي أقوال الفقهاء التي دللت على مضمون خيار نقد الثمن وارتجاع المبيـــع ، وقد تم العثور عليها في كتب الأحناف والحنابلة والإمامية دون سواهم .

(ب) تعريف خيار النقد عند بعض المعاصرين :

ورد تعريف خيار النقد عند بعض المعاصرين، حيث عرّفه بعضهم بأنه : " حــق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ لعدم النقد"[١] ، وقال آخرون إنه :" خيار يثبت بالاشتراط من أحد العاقدين أو كليهما ، وباشتراطه يتمكنان من إمضاء العقد أو رده لعدم النقد"[٢] .

(ج) تعريف خيار النقد في القانون المدني اليمني :

لم يتعرض المشرع اليمنى لتعريف خيار النقد ، وإنما ذكر نصاً قانونياً مــضمونه يتفق إلى حد ما مع مضمون خيار النقد في صورته المشهورة عنــد الفقهــاء (خيارنقــد الثمن)، حيث ورد ذلك فى المادة (٥٥٥) التى نصت على أنه : "فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعــاد دون أن يــدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب أن يفسخ البيع ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك".

والملاحظ أن صيغة هذا النص تختلف عن الصيغة التى أوردهــا الفقهــاء عنــد تعريف خيار النقد ، والواضح أن المشرع اليمنى لم يأخذ هذا النص من أقوال الفقهــاء ، بل أخذه عن القانون الوضعي [٣] ، كما أن شراح القانون لم يتعرضوا لمفهوم خيار النقد ؛ حيث خلت مؤلفاتهم القانونية من ذكر ماهية هذا الخيار ، والواضح أن القوانين الوضعية لم تعرف هذا الخيار، بل هو من ابتداع الفقه الإسلامي ؛ ومع ذلك وجد في القوانين مــا يسمى الفسخ في المنقول بحكم القانون عند عدم النقد ، وسيتم لاحقا الموازنة بين أحكــام خيار النقد عند الفقهاء المسلمين، وأحكام الفسخ في المنقول الوارد في(٥٥٥) من القانون المدني اليمني .

---

(١) راجع : الخيارات في البيع للدكتور/ عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص٥٥٩.

(٢) راجع : بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكتور/ محمد عثمان شبير وآخــرين ص٧٠٢، دار النفائس ، عمان ،١٩٩٨م .

(٣) قارن ذلك مع المادة (٤٦١) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التى نصت على أنــه " فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيــع يكــون البيــع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لــم يوجد اتفاق على غيره " .

وعلى الرغم من وجاهة رأى شراح القانون فإن ما ذهب إليه الفقهاء هو الصواب؛ لأنهم لم يميزوا بين العقار والمنقول ، ولم يحصروا الخيار في المشترى فقط كما سيتضح لاحقاً .

ويلاحظ من أقوال الفقهاء سالفة الذكر أنهم لم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً لخيار نقد الثمن وارتجاع المبيع ، حيث ظهر من أقوالهم أنهم بينوا مضمون هذا الخيار بالمثال فقط، وكذلك فعل بعض المعاصرين ؛ ولذلك فمازال هذا الخيار بحاجة إلى تعريف يشرح عناصره ، ويوضح مشتملا ته .

وبناءً على ذلك يمكن أن أعطي تعريفاً يسيراً ـ أظن والله أعلم ـ أنه يوضح مضمون خيار النقد ، فأقول إن خيار النقد : **هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في كل عقد لازم يحتمل الفسخ ،وبموجبه يتمكن صاحب الخيار من فسخ العقد أو إمضائه في خلال مدة معلومة ".**

<u>وعلى ذلك فإن هذا التعريف يوضح سمات هذا الخيار وهي كالآتي:</u>

- يبين أن خيار النقد لا يثبت إلا بناء على اتفاق الطرفين ، فهو شرط إرادى يقترن بالعقد .
- إن هذا الخيار يسرى خلال مدة محددة ينبغي أن يتفق عليها المتعاقدان .
- كما أن هذا الخيار يدخل على العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ كعقد البيع وغيره.
- إن صاحب الخيار قد يكون المشترى ، وهذا يكون غالباً عند اشتراط نقد الثمن فى مدة محددة ؛ إذ يستطيع المشتري صاحب الخيار أن يفسخ العقد بعدم نقد الثمن في خلال مدة الخيار المتفق عليها، ويستطيع كذلك أن يمضي العقد بنقد الثمن في خلال المدة المحددة للخيار، وقد يكون الخيار للبائع عند اشتراط رد الثمن إلى المشترى وارتجاع المبيع، حيث يستطيع البائع صاحب الخيار رد الثمن إلى المشتري واسترداد المبيع في زمن الخيار، وله كذلك إمضاء العقد بعدم رد الثمن إلى المشتري .

المطلب الثانى
طبيعة خيار النقد وصوره

يشتمل هذا المطلب على فرعين الأول يدرس طبيعة خيار النقد ، والثاني يتناول صوره، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول
طبيعة خيار النقد

يمكن استخلاص طبيعة هذا الخيار من التعاريف سالفة الذكر له ، فمنها يتضح أن هذا الخيار يثبت بالشرط مثله مثل خيار الشرط ، وهذه الشرط ينبغى أن تتفق عليه إرادة الطرفين ، واتفاقهما يهدف إلى تمكين صاحب الخيار من استعمال خياره ، فإذا قال البائع للمشترى مثلاً : إن لم تنقدنى الثمن خلال مدة ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، ولم يوافق المشترى على هذا الشرط فلا يثبت خيار النقد لعدم التقاء إرادة الطرفين عليه.

وهذا على خلاف خيارات النقيصة (الحكمية) التي تثبت بسبب الشرع ؛ لأنها لا تنشأ بإرادة الأطراف ، بل تثبت لأحد الطرفين عند الاطلاع على العيب مثلاً ، ولهذا تسمى خيارات النقيصة أو الحكمية ؛ لأنها تجر الحكم إليها ؛ فالبيع يؤول إلى خيار عند الاطلاع على العيب ــ كما تقدم ــ .

وعلى هذا الأساس فخيار النقد إرادى المنشأ ؛ فهو لا يثبت إلا برغبة الطرفين ورضاهما ، حيث يتمكن صاحب الخيار من استعمال خياره بما جعل إمارة على الفسخ وهو عدم النقد[١] إذا كان الخيار للمشترى ، كما يتمكن البائع كذلك من الفسخ برد الثمن إذا كان هو صاحب الخيار.

على أن هذا الخيار يصح بأية صيغة تدل عليه ؛ كأن يقول البائع : إن جئتني بالثمن إلى كذا ، وإلا فلا بيع بيننا ، أو إن لم تنقدنى الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا [٢] ، أو إذا لم تسلمنى الثمن إلى كذا فلا بيع بيننا .

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٦ .

(٢) راجع : تبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص١٥ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص١٩٦ .

ولذا فالعقد فى هذا يتوقف لزومه على دفع الثمن[١] إذا كان الخيار للمشترى أو رد المبيع إن كان الخيار للبائع، والمعنى أن التبايع بين البائع والمشترى يتم من غير أن يدفع المشترى الثمن حال العقد ، فهنا يتفقان معاً على تحديد مدة معينة يتم دفع الثمن فيها، وخلال هذه المدة يتوقف لزوم العقد على دفع الثمن ، وقد يتبايعان ويؤدى المشترى الثمن إلى البائع ، ثم يتفقان على أنه يجوز للبائع أن يرد الثمن للمشترى ويسترد المبيع خلال مدة محددة ، وعندئذ يتوقف لزوم العقد خلال مدة الخيار.

وقد بين بعض شراح القانون[٢]طبيعة الاتفاق الحاصل بين البائع، والمشتري ؛ فقالوا إن هذا الاتفاق يعد شرطا فاسخاً يتمتع بقوة قانونية كبرى[٣] ، والشرط الفاسخ هو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام[٤] ، كما تقدم ، أي أن الالتزام ينشأ صحيحاً بين طرفيه ، ولكنه يزول إذا تحقق الشرط في المستقبل[٥] ، والواضح أن فكرة الشرط الفاسخ غير معروفة عند الفقهاء المسلمين ، وإنما هي مأخوذة عن الفقه الغربي[٦] ؛ لأن الفقهاء

---

(١) راجع : النظريات العامة فى الفقه الإسلامى للدكتور/ رمضان على الشرنباصي ص١٥١ .

(٢) أينما ورد لفظ شراح القانون فالمقصود به شراح القانون المدني المصري ؛ إذ تم الاعتماد على آرائهم ــ غالباً ــ فيما يخص الأحكام القانونية المتعلقة ببيع العروض وغيرها من المنقولات كما ورد فـي المادة(٥٥٥)، وأحكام الالتزام التخييري ــ كما سيرد في الباب الثالث ــ ؛ لـورود هـذه الأحكـام فـي القانونين المدنيين المصري واليمني؛ ولكون شراح القانون المدني المصري لهم فضل السبق في شـرح الأحكام القانونية منذ مدة طويلة .

(٣) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور /السنهوري ج٣ ص٧٣٧ .

(٤) راجع : أحكام الالتزام للدكتور/ عبد القادر الفار ص١٣١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيـع ، عمـان ،١٩٩٩م ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/محمود عبد الرحمن محمد ج٢ ص٣٨٠ ، دار النهضة ، القاهرة ، ط٢ ١٩٩٧م .

(٥) راجع : الوسيط للدكتور/ السنهوري ج٣ ص٧٣٧ ، والعقود المسماة للدكتور/ عبـد الناصـر العطـار ص٢٥٣-٢٥٤ .

(٦) راجع : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/السنهوري ج٤ ص٢٨٢ ، وأحكام الالتـزام للـدكتور/ عبدالقادر الفار ص١٣٠ .

القدامى لم يذكروا مسالة الشرط الفاسخ أو الواقف[١] عند الحديث عن طبيعة هذا الخيار ، بل قالوا هو شرط إرادي يقترن بالعقد اللازم الذي يحتمل الفسخ ، وهذا الشرط لا يمنـــع انعقاد العقد، ولكنه يعمل على تعطيل آثاره لمدة معلومة يقررها الطرفان.

وخلاصة القول إن هذا الخيار عبارة عن شرط يقترن بالعقد اللازم فيفقده اللـــزوم خلال مدة الخيار ، وقد يرد في صلب العقد أو لاحقاً عليه ، كما هو الحـــال فـــي خيـــار الشرط ، وإذا لم ينقد المشتري ثمن المبيع فالبيع ينفسخ دون رضا أو قضاء ، ويعد هـــذا الشرط رخصة شرعية ، ويحق للشخص أن يستعملها أو يتركها ، فإذا تم استعمالها نـــشأ الحق في الخيار ، وعندئذ يجب على الطرفين الوفاء بالشرط ؛ لأنه بمثابة عقد شرعي ، والعقد يجب الوفاء به امتثالاً لقول الله تعالى ""يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ . . . "[٢] وقـــد تقدم بيان هذا الأمر عند الحديث عن طبيعة خيار الشرط .

---

(١) الشرط الواقف :هو الذي يعلق على تحققه وجود الالتزام بحيث لا يترتب الالتزام إلا إذا تحقـــق الـــشرط بالفعل ؛ كأن يهب شخص آخر دارا إذا تزوج . راجع : النظرية العامة للالتزامات للدكتور/محمود عبـــد الرحمن محمد ، مرجع سابق ج٢ ص٣٨٠ .

(٢) سورة المائدة من الآية ١

الفرع الثاني
صور خيار النقد

عند إمعان النظر فى تعاريف الفقهاء سالفة الذكر لهذا الخيار يتبين أن لخيار النقد صورتين ، سيتم شرحهما على النحو الآتى :

ـ الصورة الأولى[1] :

وهى الشائعة والمشهورة في كتب الفقهاء المجيزين لهذا الخيــار[2]؛ إذ لا يخلــو كتاب من ذكرها ، ويذكرها الفقهاء للتدليل على ماهية هذا الخيار ، وأُمثل لها بالآتي :

إذا باع أحدهم سيارته لآخر مثلاً، وقال له وقت التعاقد بعتك هذه السيارة بكذا على أنك إن لم تنقدني ثمنها خلال شهر فلا بيع بيننا ، ورد المشترى قبلــت فعنــدها يتحقــق الشرط ، ويصير الخيار بيد المشترى ؛ لأنه هو صاحب الخيار، والأمر بيده ، فله أن ينقد الثمن إلى البائع وعندئذ يتم البيع ، وله أن يفسخ البيع بعدم نقد الثمن ، ومع أن المــشترى هو صاحب الخيار ، كما هو ظاهر من صيغة هذه الصورة إلا أن البائع يجنــي فائــدة كبيرة من هذا الخيار كما قال الفقهاء[3]؛ لأنه هو الذى يشترط على المشترى نقد الثمن فى بحر مدة معلومة، وذلك بهدف التروي ومعرفة وصول الثمن إليه فــي المــدة المحــددة للخيار، وعلى ذلك يتوقف لزوم العقد بسبب هذا الشرط ؛ إذ هــو شــرط تحفظــي فــي الأساس.

ولا يعنى ذلك أن هذا الشرط مقصور فقط على البائع ، و إن كان الأصل فى ذلك له؛ وإنما يجوز للمشترى أن يتقدم إلى البائع ويقول له : اشتريت منك هذه السيارة بكــذا على أنى إن لم أنقدك الثمن خلال مدة كذا فلا بيع بيننا ؛ فهنا الخيار للمشترى ، والشرط هو الذى جاء به ؛ لأن المشترى قد يكون لديه الرغبة فى شراء شي ء معين ، ولكن ليس

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٠ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ ، والهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ج٣ ص٢٨ ، والمغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص١٩٦ ، وحاشية الرهوني على شرح الزقاني لمختصر خليل ج ٥ ص٢٢١ ، دار الفكــر العربــي ، بيروت ، ١٣٩٨هــ / ١٩٧٨م ، والعزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعى ج ٤ ص ١٩١ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج ٧ ص ٣٢٩ .

(٢) سيرد في المبحث الثاني أقوال الفقهاء المجيزين لهذا الخيار.

(٣) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ .

هذه هي أقوال الفقهاء التي دللت على مضمون خيار نقد الثمن وارتجاع المبيع ، وقد تم العثور عليها في كتب الأحناف والحنابلة والإمامية دون سواهم .

(ب) تعريف خيار النقد عند بعض المعاصرين :

ورد تعريف خيار النقد عند بعض المعاصرين، حيث عرفه بعضهم بأنه : " حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ لعدم النقد"[1] ، وقال آخرون إنه :" خيار يثبت بالاشتراط من أحد العاقدين أو كليهما ، وباشتراطه يتمكنان من إمضاء العقد أو رده لعدم النقد"[2] .

(ج) تعريف خيار النقد في القانون المدني اليمني :

لم يتعرض المشرع اليمني لتعريف خيار النقد ، وإنما ذكر نصاً قانونياً مضمونه يتفق إلى حد ما مع مضمون خيار النقد في صورته المشهورة عند الفقهاء (خيارنقد الثمن)، حيث ورد ذلك فى المادة (٥٥٥) التى نصت على أنه : "فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب أن يفسخ البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك".

والملاحظ أن صيغة هذا النص تختلف عن الصيغة التى أوردها الفقهاء عند تعريف خيار النقد ، والواضح أن المشرع اليمنى لم يأخذ هذا النص من أقوال الفقهاء ، بل أخذه عن القانون الوضعي [3] ، كما أن شراح القانون لم يتعرضوا لمفهوم خيار النقد ؛ حيث خلت مؤلفاتهم القانونية من ذكر ماهية هذا الخيار ، والواضح أن القوانين الوضعية لم تعرف هذا الخيار، بل هو من ابتداع الفقه الإسلامي ؛ ومع ذلك وجد في القوانين ما يسمى الفسخ في المنقول بحكم القانون عند عدم النقد ، وسيتم لاحقا الموازنة بين أحكام خيار النقد عند الفقهاء المسلمين، وأحكام الفسخ في المنقول الوارد في(٥٥٥) من القانون المدني اليمني .

---

(١) راجع : الخيارات في البيع للدكتور/ عبد الستار أبو غدة ، مرجع سابق ص٥٥٩.

(٢) راجع : بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكتور/ محمد عثمان شبير وآخرين ص٧٠٢، دار النفائس ، عمان ،١٩٩٨م .

(٣) قارن ذلك مع المادة (٤٦١) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التى نصت على أنه " فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " .

(د) مناقشة التعاريف :

- يلاحظ أن تعاريف الفقهاء قد أكدت على أن خيار النقد شرط إرادى المنشأ ؛ إذ لا يقوم إلا بناء على الاتفاق عليه من المتعاقدين، ويتم برضا الطرفين ، وبالمقارنة مع القانون المدني اليمني يتضح جلياً من نص المادة (٥٥٥) أن العاقدين يتفقان على تحديد مدة معينة يجب على المشترى أن يدفع الثمن ويتسلم المبيع ، وإذا مرت المدة دون أن يدفع الثمن ، فهنا يصير العقد مفسوخاً بحكم القانون .

واتفاق الطرفين في هذه المسألة يعد بمثابة الشرط ؛ لأن القانون قد افترض وجود بيع اقترن به شرط فاسخ صريح[١] ، وبموجب هذا الشرط ينفسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، ولاسيما إذا حل ميعاد دفع الثمن ، وقعد المشترى عن دفع الثمن ، ومع ذلك فإن هذا الفرض قابل لإثبات العكس فقد يذكر في البيع خلافه[٢] ؛ لأن حكم هذه المادة قد جاء لمصلحة البائع بصفته المستفيد ومن ثم يحق له أن يستبعد حكمها ، ويعمل بخلاف ما ورد فيها لعدم تعلق حكمها بالنظام العام ، كأن يتفق البائع مع المشترى على أنه لا يجوز فسخ البيع إلا بعد الإخطار أو يتفقان على تمديد الأجل المحدد لدفع الثمن وتسليم المبيع أو غير ذلك.

وعلى الرغم من اتفاق أحكام القانون المدني اليمني، وآراء الفقهاء حول مضمون خيار النقد، فإن بينهما اختلاف ظاهر للعيان ، فالقانون يؤسس حكم الفسخ بناءً على افتراض وجود شرط فاسخ؛إذ يقع الفسخ بقوة القانون، في حين أن الفقهاء قد أسسوا مسألة استعمال الخيار (الفسخ أو الإجازة) بناءً على شرط صريح غير مفترض يقترن بالعقد أو يلحقه بفترة وجيزة ، وبعد ذلك يكون الفسخ بمقتضى إرادة صاحب الخيار ، أما الفسخ في هذه المادة فيكون بحكم القانون بسبب افتراض الشرط الفاسخ؛ ؛ حيث إن المشرع اليمني قد تدخل ، وفرض حكماً معيناً دون أن يترك لإرادة الطرفين الحرية في تحديد مقومات شرط خيار نقد الثمن وارتجاع المبيع.

---

(١) الشرط الفاسخ هو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام. راجع : الوسيط للدكتور/ السنهوري ج٣ ص٧٣٧ ، والعقود المسماة للدكتور/ عبد الناصر العطار ص٢٥٣-٢٥٤ .

(٢) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ج٣ ص٧٣٦، والعقود المسماة (البيع الإيجار التأمين) للدكتور/ عبد الناصر العطار ، ص٢٥٣-٢٥٤ ، وفسخ العقد في ضوء القضاء والفقه للدكتور/ عبد الحميد الشواربي ص٦٧-٦٨ ، ونظرية العقد والإرادة المنفردة للدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي ص٦٤٤-٦٤٥ ، دون دار نشر، القاهرة ، ١٩٨٤م.

كما أن نص المادة سالفة الذكر يوحي بأن العقد ينفسخ جزاءً على الإخلال بالالتزام الملقى على عاتق المشترى ، ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى حماية بائع الأموال المنقولة التى تكون عرضة للتلف ، فى حين أن خيار النقد هو شرط يقترن بالعقد يمنح صاحبه الحق في فسخ العقد أو إمضائه ، والمعنى أن الهدف من هذا الشرط هو التروى ، وهو لا يكون محصوراً فى عقد البيع ؛ فقد يدخل في غيره من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، كما سيتضح لاحقاً .

– تبيّن من التعاريف سالفة الذكر أنه لابد من تحديد مدة معينة لخيار النقد ، وهذا أمر متفق عليه بين فقهاء المسلمين والقانون اليمني ، وإن اختلف الفقهاء فيما بينهم حول مقدار هذه المدة كما سيرد لاحقاً .

– لقد ركزت التعاريف السابقة فى مجملها على أن الخيار للمشترى ، وكذلك فعل القانون المدني اليمنى ، غير أن ذلك ليس فى كل الأحوال ؛ فقد يكون الخيار للبائع فى بعض الأحوال ، وهذا ما ظهر في بعض تعاريف الفقهاء (ابن عابدين وابن نجيم) .

– جعل فقهاء المسلمين هذا الخيار فى المنقول والعقار على السواء ، ولم يحصروه فى المنقولات وعروض التجارة كما فعل القانون المدنى اليمنى الذى حصره فى المنقولات فقط ؛ ولذلك فقد عد شراح القانون المدني[١] حكم هذه المادة مخالفاً للقواعد العامة ؛ لأن الفسخ ، وفقاً للقواعد العامة لا يكون إلا بحكم القضاء ، أما ما ورد فى هذه المادة فهو حكم خاص بفسخ البيع فى المنقول ، وعللوا ذلك بقولهم إن السلع أو المنقولات كالبضائع ، والأسهم، والسندات،عرضة للتلف وتقلب الأسعار ؛ ولذا فالتيسير يقتضي الإجازة للبائع أن يتحلل من إخطار المشترى ، ومن الالتجاء إلى القضاء ؛ حيث تكون له حرية التصرف بمجرد عدم قيام المشترى بوفاء الثمن ، حتى لا تضيع عليه فرصة البيع، والشراء كما أنه قد يتعذر عليه المحافظة على المبيع ريثما يصدر القضاء الحكم بالفسخ ، ولاسيما فى البيوع التجارية التى تعتمد على السرعة والائتمان[٢] .

---

(١) راجع : شرح أحكام عقد البيع للدكتورين /محمد لبيب شنب، ومجدي صبحي خليل ، مرجع سابق ص٣١٢ .

(٢) راجع : عقد البيع والمقايضة للدكتور / توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ص٥٧٢-٥٧٣ ، والوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ص٧٣٨.

وعلى الرغم من وجاهة رأى شراح القانون فإن ما ذهب إليه الفقهاء هو الصواب؛ لأنهم لم يميزوا بين العقار والمنقول ، ولم يحصروا الخيار في المشترى فقط كما سيتضح لاحقاً .

ويلاحظ من أقوال الفقهاء سالفة الذكر أنهم لم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً لخيار نقد الثمن وارتجاع المبيع ، حيث ظهر من أقوالهم أنهم بينوا مضمون هذا الخيار بالمثال فقط، وكذلك فعل بعض المعاصرين ؛ ولذلك فمازال هذا الخيار بحاجة إلى تعريف يشرح عناصره ، ويوضح مشتملاته .

وبناءً على ذلك يمكن أن أعطي تعريفاً يسيراً ــ أظن والله أعلم ــ أنه يوضح مضمون خيار النقد ، فأقول إن خيار النقد : **هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في كل عقد لازم يحتمل الفسخ ،وبموجبه يتمكن صاحب الخيار من فسخ العقد أو إمضائه في خلال مدة معلومة ".**

وعلى ذلك فإن هذا التعريف يوضح سمات هذا الخيار وهي كالآتي:

- يبين أن خيار النقد لا يثبت إلا بناء على اتفاق الطرفين ، فهو شرط إرادى يقترن بالعقد .
- إن هذا الخيار يسرى خلال مدة محددة ينبغي أن يتفق عليها المتعاقدان .
- كما أن هذا الخيار يدخل على العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ كعقد البيع وغيره.
- إن صاحب الخيار قد يكون المشترى ، وهذا يكون غالباً عند اشتراط نقد الثمن فى مدة محددة ؛ إذ يستطيع المشتري صاحب الخيار أن يفسخ العقد بعدم نقد الثمن في خلال مدة الخيار المتفق عليها، ويستطيع كذلك أن يمضي العقد بنقد الثمن في خلال المدة المحددة للخيار، وقد يكون الخيار للبائع عند اشتراط رد الثمن إلى المشترى وارتجاع المبيع، حيث يستطيع البائع صاحب الخيار رد الثمن إلى المشتري واسترداد المبيع في زمن الخيار، وله كذلك إمضاء العقد بعدم رد الثمن إلى المشتري .

المطلب الثاني

طبيعة خيار النقد وصوره

يشتمل هذا المطلب على فرعين الأول يدرس طبيعة خيار النقد ، والثاني يتناول صوره، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

طبيعة خيار النقد

يمكن استخلاص طبيعة هذا الخيار من التعاريف سالفة الذكر له ، فمنها يتضح أن هذا الخيار يثبت بالشرط مثله مثل خيار الشرط ، وهذه الشرط ينبغي أن تتفق عليه إرادة الطرفين ، واتفاقهما يهدف إلى تمكين صاحب الخيار من استعمال خياره ، فإذا قال البائع للمشترى مثلاً : إن لم تنقدني الثمن خلال مدة ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، ولم يوافق المشترى على هذا الشرط فلا يثبت خيار النقد لعدم التقاء إرادة الطرفين عليه.

وهذا على خلاف خيارات النقيصة (الحكمية) التي تثبت بسبب الشرع ؛ لأنها لا تنشأ بإرادة الأطراف ، بل تثبت لأحد الطرفين عند الاطلاع على العيب مثلاً ، ولهذا تسمى خيارات النقيصة أو الحكمية ؛ لأنها تجر الحكم إليها ؛ فالبيع يؤول إلى خيار عند الاطلاع على العيب ــ كما تقدم ــ .

وعلى هذا الأساس فخيار النقد إرادى المنشأ ؛ فهو لا يثبت إلا برغبة الطرفين ورضاهما ، حيث يتمكن صاحب الخيار من استعمال خياره بما جعل إمارة على الفسخ وهو عدم النقد[1] إذا كان الخيار للمشترى ، كما يتمكن البائع كذلك من الفسخ برد الثمن إذا كان هو صاحب الخيار.

على أن هذا الخيار يصح بأية صيغة تدل عليه ؛ كأن يقول البائع : إن جئتني بالثمن إلى كذا ، وإلا فلا بيع بيننا ، أو إن لم تنقدني الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا [2] ، أو إذا لم تسلمني الثمن إلى كذا فلا بيع بيننا .

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٦ .

(٢) راجع : تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٥ ، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص١٩٦ .

ولذا فالعقد في هذا يتوقف لزومه على دفع الثمن[١] إذا كان الخيار للمشترى أو رد المبيع إن كان الخيار للبائع ، والمعنى أن التبايع بين البائع والمشترى يتم مـــن غيـــر أن يدفع المشترى الثمن حال العقد ، فهنا يتفقان معاً على تحديد مدة معينة يتم دفع الثمن فيها، وخلال هذه المدة يتوقف لزوم العقد على دفع الثمن ، وقد يتبايعان ويؤدى المشترى الثمن إلى البائع ، ثم يتفقان على أنه يجوز للبائع أن يرد الثمن للمشترى ويسترد المبيع خـــلال مدة محددة ، وعندئذ يتوقف لزوم العقد خلال مدة الخيار.

وقد بين بعض شراح القانون[٢]طبيعة الاتفاق الحاصل بين البـــائع، والمـــشتري ؛ فقالوا إن هذا الاتفاق يعد شرطا فاسخاً يتمتع بقوة قانونية كبرى[٣] ، والشرط الفاسخ هـــو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام[٤] ، كما تقدم ، أي أن الالتزام ينشأ صـــحيحاً بـــين طرفيه ، ولكنه يزول إذا تحقق الشرط في المستقبل[٥] ، والواضح أن فكرة الشرط الفاسخ غير معروفة عند الفقهاء المسلمين ، وإنما هي مأخوذة عن الفقه الغربي[٦] ؛ لأن الفقهـــاء

---

(١) راجع : النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور/ رمضان علي الشرنباصي ص١٥١ .

(٢) أينما ورد لفظ شراح القانون فالمقصود به شراح القانون المدني المصري ؛ إذ تم الاعتماد على آرائهم ــ غالباً ــ فيما يخص الأحكام القانونية المتعلقة ببيع العروض وغيرها من المنقـــولات كمـــا ورد فـــي المادة(٥٥٥)، وأحكام الالتزام التخييري ــ كما سيرد في الباب الثالث ــ ؛ لـــورود هـــذه الأحكـــام فـــي القانونين المدنيين المصري واليمني؛ ولكون شراح القانون المدني المصري لهم فضل السبق في شـــرح الأحكام القانونية منذ مدة طويلة .

(٣) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور /السنهوري ج٣ ص٧٣٧ .

(٤) راجع : أحكام الالتزام للدكتور/ عبد القادر الفار ص١٣١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيـــع ، عمّـــان ،١٩٩٩م ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/محمود عبد الرحمن محمد ج٢ ص٣٨٠ ، دار النهضة ، القاهرة ، ط٢ ١٩٩٧م .

(٥) راجع : الوسيط للدكتور/ السنهوري ج٣ ص٧٣٧ ، والعقود المسماة للدكتور/ عبـــد الناصـــر العطـــار ص٢٥٣-٢٥٤ .

(٦) راجع : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/السنهوري ج٤ ص٢٨٢ ، وأحكام الالتـــزام للـــدكتور/ عبدالقادر الفار ص١٣٠ .

القدامى لم يذكروا مسالة الشرط الفاسخ أو الواقف[١] عند الحديث عن طبيعة هذا الخيار ، بل قالوا هو شرط إرادي يقترن بالعقد اللازم الذي يحتمل الفسخ ، وهذا الشرط لا يمنـــع انعقاد العقد، ولكنه يعمل على تعطيل آثاره لمدة معلومة يقررها الطرفان.

وخلاصة القول إن هذا الخيار عبارة عن شرط يقترن بالعقد اللازم فيفقده اللـــزوم خلال مدة الخيار ، وقد يرد فى صلب العقد أو لاحقاً عليه ، كما هو الحـــال فـــى خيـــار الشرط ، وإذا لم ينقد المشتري ثمن المبيع فالبيع ينفسخ دون رضا أو قضاء ، ويعد هـــذا الشرط رخصة شرعية ، ويحق للشخص أن يستعملها أو يتركها ، فإذا تم استعمالها نـــشأ الحق فى الخيار ، وعندئذ يجب على الطرفين الوفاء بالشرط ؛ لأنه بمثابة عقد شرعي ، والعقد يجب الوفاء به امتثالاً لقول الله تعالى "يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ..."[٢] وقـــد تقدم بيان هذا الأمر عند الحديث عن طبيعة خيار الشرط .

---

(١) الشرط الواقف :هو الذي يعلق على تحققه وجود الالتزام بحيث لا يترتب الالتزام إلا إذا تحقـــق الـــشرط بالفعل ؛ كأن يهب شخص آخر دارا إذا تزوج . راجع : النظرية العامة للالتزامات للدكتور/محمود عبـــد الرحمن محمد ، مرجع سابق ج٢ ص٣٨٠ .

(٢) سورة المائدة من الآية ١

الفرع الثاني

صور خيار النقد

عند إمعان النظر فى تعاريف الفقهاء سالفة الذكر لهذا الخيار يتبين أن لخيار النقد صورتين ، سيتم شرحهما على النحو الآتى :

- الصورة الأولى[1] :

وهى الشائعة والمشهورة في كتب الفقهاء المجيزين لهذا الخيـار[2]؛ إذ لا يخلـو كتاب من ذكرها ، ويذكرها الفقهاء للتدليل على ماهية هذا الخيار ، وأُمثل لها بالآتي :

إذا باع أحدهم سيارته لآخر مثلاً، وقال له وقت التعاقد بعتك هذه السيارة بكذا على أنك إن لم تنقدني ثمنها خلال شهر فلا بيع بيننا ، ورد المشترى قبلـت فعنـدها يتحقـق الشرط ، ويصير الخيار بيد المشترى ؛ لأنه هو صاحب الخيار، والأمر بيده ، فله أن ينقد الثمن إلى البائع وعندئذ يتم البيع ، وله أن يفسخ البيع بعدم نقد الثمن ، ومع أن المـشترى هو صاحب الخيار ، كما هو ظاهر من صيغة هذه الصورة إلا أن البائع يجنـي فائـدة كبيرة من هذا الخيار كما قال الفقهاء[3]؛ لأنه هو الذى يشترط على المشترى نقد الثمن فى بحر مدة معلومة، وذلك بهدف التروي ومعرفة وصول الثمن إليه فـي المـدة المحـددة للخيار، وعلى ذلك يتوقف لزوم العقد بسبب هذا الشرط ؛ إذ هـو شـرط تحفظـي فـي الأساس.

ولا يعنى ذلك أن هذا الشرط مقصور فقط على البائع ، و إن كان الأصل فى ذلك له؛ وإنما يجوز للمشترى أن يتقدم إلى البائع ويقول له : اشتريت منك هذه السيارة بكـذا على أنى إن لم أنقدك الثمن خلال مدة كذا فلا بيع بيننا ؛ فهنا الخيار للمشترى ، والشرط هو الذى جاء به ؛ لأن المشترى قد يكون لديه الرغبة فى شراء شي ء معين ، ولكن ليس

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٠ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ ، والهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ج٣ ص٢٨ ، والمغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص١٩٦ ، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج ٥ ص٢٢١ ، دار الفكـر العربـى ، بيروت ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م ، والعزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعى ج ٤ ص ١٩١ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج ٧ ص ٣٢٩ .

(٢) سيرد في المبحث الثاني أقوال الفقهاء المجيزين لهذا الخيار.

(٣) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ .

لديه النقود الكافية ، ومع ذلك يتوقع وصولها خلال مدة محددة[١]، فهو يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في المدة أم لا؟

ولذا فإن البائع عند وضعه الشرط يهدف في الأساس إلى دفع الضرر عن نفسه ؛ فقد يخشى مماطلة المشترى في دفع الثمن ، أو يريد تصريف بضاعته خوفاً عليها من التلف أو تقلب الأسعار ، وموافقة المشترى على الشرط فيه التزام على عاتقه فيقع عليه الفسخ أو الإجازة خلال مدة الخيار ، وهذا ما أراده البائع ، وهذه الصورة تشبه خيار الشرط ؛ لأنها تقوم على شرط في العقد ؛ ولأنها تهدف في الأساس إلى التروى ودفع الضرر قبل وقوعه ؛ ولهذا فالمجيزون لخيار النقد أجازوه استحساناً لأنه في معنى خيار الشرط وملحق به[٢] كما سيرد لاحقاً .

- الصورة الثانية :

في هذه الصورة يقوم المشترى بدفع الثمن إلى البائع ويكون الخيار للبائع ؛ إذ يتم الاتفاق بينهما على أن البائع إذ رد الثمن (العوض المدفوع) رد له المشترى المبيع ، ويجب أن يكون لاتفاق الترداد مدة معلومة يتم تحديدها برضا الطرفين .

ومن الممكن حدوث هذه الصورة في حياة الناس ؛ كأن يحتاج أحدهم إلى بيع داره، ويقول لآخر بعتك داري على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى مدة كذا أن تردها عليّ ، ويوافق المشترى ، فعندئذ يكون الخيار للبائع ، ويحق له أن يرد الثمن إلى المشترى خلال مدة خيار ارتجاع المبيع، وحينئذ ينفسخ العقد ويعود المبيع إليه ، كما يجوز له أن يمضى العقد بعدم رد الثمن إلى المشترى ؛ لأنه المتمكن من فسخ العقد أو إمضائه[٣].

وقد وردت هذه الصورة في بعض مؤلفات الشراح وأصحاب الحواشي ، من ذلك ما ذكره ابن الهمام[٤] حيث قال: " وكذا لو قبض الثمن وقال إن رده البائع إلى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط ".

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٦ .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٥ ، والمغني لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٨ .

(٣) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٧ .

(٤) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ .

وقد قال ابن عابدين [١] أيضاً : "لو نقد المشترى الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح ". [٢]

وقال الحلي[٣] : "ولو قال البائع بعتك على أنى إن رددت الثمن بعد ثلاثة فلا بيع بيننا صح ، ويكون فى ذلك إثبات الخيار للبائع وحده".

والملاحظ أن هناك فرقاً واضحاً بين صورتى خيار النقد ، ففى الصورة الأولى حين يكون الخيار للمشترى يتم البيع دون نقد ، فيتفق الطرفان على البيع ، ولكن نقد ثمن المبيع لا يكون عند التعاقد ، بل يتفقان على أن النقد يجب أن يتم خلال مدة محددة ، وهى مدة خيار النقد ، فإذا لم ينقد المشترى الثمن سقط خياره ، ويجب عليه رد المبيع إلى البائع إن كان قد قبضه.

أما الصورة الثانية فيتم التبايع بين الطرفين ، ويتم كذلك دفع الثمن إلى البائع ، ولكن هناك شرطاً تحفظياً يتفق عليه الطرفان وبموجبه يتم التراد خلال مدة محددة ؛ إذ يحق للبائع أن يرد الثمن فى مدة الخيار ، فإذا رد البائع الثمن وجب على المشترى أن يرد المبيع إلى البائع.

ويلاحظ أخيراً أن هذه الصورة من صور خيار النقد لا ينطبق عليها مسمى خيار النقد؛ لأن النقد تم فعلاً، ومن ثم فلا مجال للحديث عن خيار نقد الثمن ، وبذلك فإن خيار نقد الثمن يشمل الصورة الأولى فقط ، أما الصورة الثانية فهى عبارة عن خيار ارتجاع المبيع فى مدة محددة أو خيار التراد ، وحتى يكون هذا الخيار (خيار النقد) شاملاً للصورتين معا يبدو لي أنه من المستحسن أن يطلق عليه (خيار نقد الثمن وارتجاع المبيع) .

ومع ذلك سأذكر في ثنايا هذا البحث لفظ مصطلح "خيار النقد" جرياً على الرأى الغالب فى تسميته ، ومراعاة للاختصار.

---

(١) راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج٧ ص١١٧ .

(٢) راجع:البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجم ج٦ ص٧ ، وجاء فيه "وإذا باع عبداً ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن في ثلاثة فلا بيع بينهما كان جائزا" .

(٣) تذكرة الفقهاء ج٧ ص٣٢٩

المطلب الثالث
صلة خيار النقد بما يشبهه من التصرفات

لاشك في أن لخيار النقد صلة وثيقة بخيار الشرط؛ لأنه فى معناه وأجيز إلحاقاً به، ولكن هذه الصلة لا تجعل خيار النقد صورة طبق الأصل من خيار الشرط ؛ إذ لخيار النقد خصوصيته التى ستظهر عند مقارنته بخيار الشرط ، كما أن لخيار النقد صلة ببيع الوفاء ، ولاسيما فى صورته الثانية ، وله صلة كذلك بالإقالة الشرعية ؛ ولذلك سيتم أولاً بحث صلة خيار النقد بخيار الشرط ، ثم ذكر صلته ببيع الوفاء ، وأخيراً بيان صلته بالإقالة ، وتفصيل ذلك في ثلاثة أفرع على النحو الآتي :

الفرع الأول
صلة خيار النقد بخيار الشرط

لقد تم فيما مضى (١) معرفة المقصود بخيار الشرط وبيان أحكامه تفصيلاً وأؤكد هنا مجدداً أن هذا الخيار هو واحد من الخيارات الإرادية الثابتة بالشرط ؛ إذ ينشأ بناءً على شرط فى العقد أو لاحقاً عليه باتفاق الأطراف ، ويسرى مفعوله لمدة زمنية متفق عليها ، وبما أن خيار النقد أيضاً واحد من الخيارات الإرادية الثابتة بالشرط ، فإنه كذلك ينشأ بناءً على الاشتراط الحاصل من العاقدين مثله مثل خيار الشرط ، وهما خياران ينتميان إلى عائلة واحدة إن جاز التعبير.

ولذلك فإن الفقهاء المجيزين لهذا الخيار قرروا أنه بمنزلة خيار الشرط ، ولاسيما فى صورته الأولى ، من ذلك ما ذكر الزيلعى (٢) ؛ إذ قال : " خيار النقد فى معنى شرط الخيار بل هو عينه لأنه يتخير فى الأيام الثلاثة بين الفسخ والإمضاء ، غير أن ترك النقد جعل أمارة الفسخ ، والنقد أمارة الإمضاء ، وهذا الشرط محتاج إليه لدفع المماطلة ، كما أن شرط الخيار محتاج إليه لدفع الغبن ، غير أنه هنا بمضى المدة مع عدم النقد ينفسخ

---

(١) تقدم ذلك في الفصل الأول من الباب الأول ص٢٩ من البحث .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤ ص١٥-١٦.

العقد ،وفى تلك يتم وذلك لا يوجد اختلاف الحكم إذ فى كل واحد منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير ، والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة لا فى نفس الفسخ عند إرادة الفسخ ولا فى نفس الإجازة عند إرادة الإجازة ، فلا يعد خلافاً".

وقال المرغيناني[١] : " إن الأصل فى خيار النقد أنه فى معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة فى الفسخ ويكون ملحقاً به".

وقال ابن الهمام [٢] : " والأصل فيه أن هذا فى معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقاً به".

ومن الجدير بالذكر أن هناك من فقهاء الأحناف من لا يسلم بأن خيار النقد فى معنى خيار الشرط ، بل يرى أنه غير ذلك ، من ذلك ما أورده البابرتي[٣] ؛ إذ قال : " لا نسلم أنه فى معناه لأن هناك [٤] لو سكت حتى مضت المدة تم العقد ، وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد" ، وأجيب عن ذلك بأن النظر فى الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم وهى الحاجة ، وهى موجودة فى الخيارين ، وأما الزائد على ذلك فلا يعتد به[٥]

وعلى الرغم من تشابه هذين الخيارين (خيار النقد، والشرط) في المعنى كما قرر الفقهاء ، فإنهما متغايران في الصورة ؛ إذ لخيار النقد صورته الخاصة ، وفى هذا الصدد ذكر بعض الفقهاء[٦] أن هذا الخيار ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه ، وإنما هو فى حكمه معنى ، فهما سيان فى المعنى متغايران في الصورة ، إلا أنه في خيار النقد ينفسخ العقد إذا لم ينقد المشترى الثمن في مدة الخيار، أما في خيار الشرط فالعقد يتم إذا لم يستعمل صاحب الخيار خياره في مدة الخيار[٧].

وعند إمعان النظر فى أقوال الفقهاء سالفة الذكر يتبين بجلاء مدى التشابه الكبير بين خيارى النقد، والشرط ، ولاسيما فى الأحكام العامة ؛ لأن خيار النقد فى معنى خيار

(١) الهداية شرح بداية المبتدئ ج٣ ص٢٨ .
(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص٥٠٢ .
(٣) شرح العناية بهامش فتح القدير ج٥ ص٥٠٢ .
(٤) ويقصد بهناك في" خيار الشرط".
(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ .
(٦) حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٨ .
(٧) المغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ .

الشرط ، أي من حيث إن الهدف من خيار النقد هو التروي، والتفكر ؛ ولذا قال الفقهاء إنه في معنى خيار الشرط دلالة[١] .

ومع ذلك فإن لخيار النقد أحكامه الخاصة التي تميزه عن خيار الشرط ؛ إذ يختلف عن خيار الشرط في عدة وجوه هي على النحو الآتي:

(١) خيار الشرط كما مر بنا ثبت بالنص ؛ لذ أجازه غالبية فقهاء المسلمين ، ولم ينكره سوى ابن حزم الظاهرى ، أما خيار النقد فلم يجزه سوى بعض فقهاء المذاهب بالاجتهاد ، ومن باب الاستحسان لكونه فى معنى خيار الشرط للحاجة الماسة إليه ، ولو كان خيار النقد صورة طبق الأصل من خيار الشرط لأجازه كذلك الفقهاء المجيزون لخيار الشرط.

(٢) فى خيار النقد لو سكت صاحب الخيار حتى مضت المدة بطل العقد ، وتم الفسخ فى حين أنه فى خيار الشرط إذا سكت صاحب الخيار ، ومضت المدة تم العقد وصار لازماً للطرفين،وهذا ما ظهر من أقوال الفقهاء سالفة الذكر.

(٣) لا يستطيع صاحب خيار الشرط أن يفسخه إلا بعد إخطار الطرف الآخر في العقد على رأي أبي حنيفة ومحمد والزيدية ، وكذلك القانون المدني اليمنى ، فى حين أن صاحب خيار النقد يستطيع إبطال العقد بعدم النقد ، وليس من الضرورى إخطار الطرف الآخر . [٢]

(٤) الهدف من خيار النقد عند البائع هو دفع مماطلة المشترى ، فقد يماطل بعض المشترين، ويتقاعسون عن دفع الثمن ، كما يهدف البائع كذلك إلى تسويق البضاعة إذا كانت مما يتسارع الفساد إليها ، أو تجنباً لتقلبات الأسعار ؛ لأن التجارة تتطلب السرعة، والمرونة ، وقد يهدف المشترى إذا كان هو صاحب الخيار إلى تدبر حاله ومعرفة إمكانياته المالية بدفع الثمن خلال المدة المحددة أم لا.

أما الهدف من خيار الشرط فقد يكون التروي، والتفكر في المبيع أيناسب المشترى أم لا ؟ وقد يكون بهدف مشاورة فلان من الناس فى الشراء أو البيع، أو بهدف تجربة المبيع للتحقق من صلاحيته ، وملائمته للمشترى .

---

(١) راجع : مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٢٥ .

(٢) راجع : شرح العناية للبابرتي بهامش فتح القدير ج٥ ص٥٠٢ .

٥) يلاحظ أن الفقهاء[١]عند ذكر الخيارات قد ذكروا خيار النقد بصفة مستقلة عن خيار الشرط ، ولم يعدوه فرعاً من فروعه ؛ لأن لخيار النقد أحكامه التى تميزه عن خيار الشرط .

الفرع الثاني

صلة خيار النقد ببيع الوفاء :

قبل الحديث عن صلة خيار النقد ببيع الوفاء ، أود أن أعطي فكرة موجزة عن بيع الوفاء حتى يتبين مدى الصلة التي تربطه بخيار النقد ، وسيتم فيما يلي تعريف بيع الوفاء، وصوره ، وحكمه عند الفقهاء ، ومدى الشبه، والاختلاف بينه وبين خيار النقد:

١- تعريف بيع الوفاء، وصوره

أ – تعريف بيع الوفاء :

بيع الوفاء مركب إضافى يتكون من كلمتين الأولى بيع، وهى مضاف ، والثانيــة الوفاء[٢]وهى مضاف إليه ، وهذه التسمية هى الشائعة عند الفقهاء ، وقد ذكــر بعــضهم مفهوم هذا البيع ، بأمثلة هدفوا منها بيان مضمونه من ذلك ما ذكره ابن عابــدين[٣] ؛ إذ قال :" بيع الوفاء هو أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بمالك عليّ من الــدين على أني متى قضيته فهي لي " وذكر الزيلعي[٤] مضمون هذا التعريف ، حيــث قــال: " وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بدين لك علي علــى أنــي متــى

(١) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٦ ص ٣ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص١٠٦ ــ ١٠٧ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج ٢ ص٢٣ ، ودرر الحكــام ، شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج ١ ص ٢٤٢ .

(٢) الوفاء في اللغة : ضد الغدر ؛ فيقال وفى بعهده وأوفاه حقه بمعنى أعطاه وافياً ولم ينقص منه شــيئاً ، ووفى الشيء وفياً تم وكثر ، ويقال توافى القوم تتاموا ، والوفي هو الذي يعطي الحق ويأخــذ الحــق . (راجع : لسان العرب لابن منظور، باب الواو، مادة "وفى" ج٦ ص٤٨٨٥ ،ومختار الــصحاح للــرازي ،باب الواو ،مادة "وف ى " ص٧٣٠-٧٣١، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ،باب الواو فصل الــواو، مادة" وفى" ج٤ ص٤٠٣) .

(٣) حاشية رد المحتار ج ٧ ص ٥٤٥ ، راجع كذلك : التعريفات للجر جاني ص ٤٨ .

(٤) راجع : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٥ ص١٨٣ .

قضيت الدين فهي لي " وقد ورد هذا التعريف أيضاً في الفتاوى الهندية[١] ، ولكن بزيادة جملة " ... أو يقول البائع بعتك هذه بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إليّ "

ومن هذه التعاريف يتضح أنها تارة تستخدم لفظ " قضاء الدين " لاسترداد المبيع ، وتارة أخرى تستخدم لفظ " إن دفعت لك الثمن " وهنالك فرق بين لفظ قضاء الدين، ودفع الثمن ، فقضاء الدين يدل على التزام قائم ، والمعنى أن هناك ديناً في ذمة البائع، ولا يستطيع أن يسترد المبيع إلا إذا دفع الدين ، وأما لفظ دفع الثمن فيدل على التزام بالمستقبل؛ ولذا فتعدد هذه الألفاظ دليل على أن بيع الوفاء يدور عند الفقهاء بين البيع، والرهن[٢] ، كما توحي هذه التعاريف بأن هناك شرط تراد بموجب هذا الشرط يسترد البائع المبيع عند دفع الدين الذي عليه للمشتري .

ولهذا تعددت مسميات هذا العقد عند الفقهاء ، وفي الأمصار، حيث يسمى عند الأحناف بيع الوفاء[٣]بسبب تعهد المشتري برد المبيع إلى البائع إذا رد له الثمن ، ويسمى كذلك بيع المعاملة[٤]، والبيع الجائز ؛ لأن بعض مشائخ الأحناف أجازوه لحاجة الناس إليه ولتعاملهم به[٥]، ويسمى عند المالكية بيع الثنيا[٦]، وعند الشافعية بيع العهدة [٧]، ويطلق عليه الحنابلة بيع الأمانة ،وبيع الطاعة [٨] ، ويسميه الزيدية بيع الرجاء [٩] ، وقد ذكر

(١) لنظام وآخرين ج ٣ ص ٢٠٩ .

(٢) راجع : بحث بيع الوفاء للشيخ / خليل محيى الدين الميس ، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ج٣ ص٢٧، العدد السابع ، جدة ، ١٩٩٢ م .

(٣) راجع : جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج ٢ ص١٦٩ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص ٥٤٥ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج ٣ ص ٢٠٩ ، وفتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٥٠٤ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج ١ ص ٣٦٤ ، والمادة (٥٦١) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لقدري باشا ص ١٤١ .

(٤) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص ٥٤٥ .

(٥) راجع : جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ص ١٧٠ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٨٣-١٨٤ .

(٦) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٣٧٣ ، والبيان والتحصيل لابن رشد(الجد) ج ٧ ص٣٢٦ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ،١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

(٧) راجع : الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ج ٢ ص ١٥٧ ،دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

(٨) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج ٣ ص ١٤٩ .

(٩) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج ٢ ص ٢٩٠ .

بعض الفقهاء [١] أن هذا البيع كان معروفاً في مصر، ويسمونه بيع الأمانة ، ويقال[٢] إن هذا البيع أول ما ظهر في بخارى[٣] في نهاية القرن الخامس الهجري .

ولم تتعد أسماء هذا العقد فحسب ، بل لم تتفق كلمة الفقهاء حول تبويبه؛ إذ ذكره بعضهم فى البيوع المنهى عنها [٤] ، وصنفه بعضهم فى البيوع الفاسدة[٥]، وأورده آخرون بمناسبة الحديث عن الإكراه [٦] ، ورأى بعضهم أن المكان المناسب لبحثه في خيار النقد[٧] .

---

(١) راجع: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٨٣ ـ ١٨٤ .

(٢) راجع : جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج ٢ ص ١٦٩ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٨٣ ، ومدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء للدكتور/محمد عبد اللطيف صالح الفرفور ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ج٣ ص٩٧، العدد السابع ، جدة ، ١٩٩٢ م ، وبيع الوفاء للشيخ مصطفى الزرقاء ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ج٣ ص١٧ ،العدد السابع،جدة ١٩٩٢م.

(٣) بخارى مدينة تقع في بلاد أوزباكستان إحدى الجمهوريات السوفيتية السابقة ، وأوزباكستان الآن دولة مستقلة ذات سيادة، وتعد هذه المدينة من أعظم مدن ما وراء النهر وأجلها ، بينها وبين نهر جيحون يومان ، وتقع في الإقليم الخامس، وبينها وبين سمرقند سبعة أيام ، قيل إن فتحها قد تم في عهد معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه . (راجع:معجم البلدان لياقوت الحموي البغدادي ج١ ص٣٥٣-٣٥٤ ،دار إحياء التراث العربي،بيروت ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م ، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ج٣ص٣٧).

(٤) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٣٧٣ ، وقد ذكر الحطاب بيع الوفاء فى باب البيوع المنهى عنها ، وعده من البيوع الفاسدة .

(٥) راجع : القوانين الفقهية لابن جزى الكلبي ص ٢٥٨، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ١٩٨٤ م ، وفتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية بها مش الفتاوى الهندية ج٤ ص٤٠٥.

(٦) وقد ذكره الزيلعى في كتاب الإكراه ، وقال إن بعض مشائخ بخارى قد جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره ؛ لأن المشتري يرد المبيع عندما يتمكن البائع من إيفاء الدين وبذلك ينتقض بيع المشتري كبيع المكره باعتبار عدم تحقق الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره ، ومن ثم فقد جعلوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين. راجع: تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٨١، ١٨٣ .

(٧) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٦ ص ٨ .

ب – صور بيع الوفاء

يظهر من التعاريف سالفة الذكر أن لبيع الوفاء صورتين يمكن إبرازهمـا علـى النحو الآتي:

الصورة الأولى :

هي التى يتم الاتفاق فيها بين العاقدين على أن يكون العقد بينهما بيع وفاء ، ويعنى ذلك أن هناك عهداً من المشترى بأن يرد المبيع إلى البائع حين رد الثمن ؛ كـأن يقـول البائع للمشترى بعت منك هذا الفرس بدين لك علي على أني متى قضيت الدين فهو لي ، أو يقول البائع : بعتك هذ ه العين بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إلي[1]

الصورة الثانية :

وهي التي يكون فيها البيع بشرط الاستغلال ؛ بمعنى أن البائع بعد أن يبيع الشي ء للمشترى ، وبعد أن يقبضه المشترى ، يشترط عليه أن يؤجره المبيع ، وهـذه الـصورة وردت صراحة فى المادة ١١٩ من مجلة الأحكام العدلية التى نـصت علـى أن " بيـع الاستغلال هو بيع وفاء على أن يستأجره البائع " .

والواضح هنا أن بيع الاستغلال عقد مركب من بيع وفاء وعقد إجارة ، ومثال ذلك أن يبيع الشخص داره لآخر ، على أن يردها له عند إعادة الثمن ، أي يردهـا لمالكهـا، وعلى أن يؤجرها له (أى للبائع) بعد إخلاء الدار وتسليمها للمشترى، فـإذا اسـتأجرها البائع من المشترى بكذا لمدة سنة مثلاً ، فهذا هو بيع الاستغلال ، والمشترى يستفيد مـن الأجرة خلال سنة[2] .

٢- حكم بيع الوفاء عند الفقهاء :

لقد اختلف الفقهاء حول مشروعية هذا البيع ، وتباينت أقوالهم حتى على مـستوى المذهب الواحد ، غير أنه يلاحظ إجمالاً أن أقوال الفقهاء يمكن حصرها فى قـولين ، ولا

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٧ ص ٥٤٥ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج ٣ ص ٢٠٩ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج ١ ص ٩٧ ؛ والمادة م١١٨ من المجلة والتـى عرفت بيع الوفاء بأنه: " البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشترى إليه المبيع " .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج ١ ص ٩٨ .

بأس بذكر تفاصيل الأقوال في إطار المذهب الواحد ، وعلى هذا الأساس سيتم ذكر القولين على النحو الآتي:

القول الأول : للمتأخرين من الأحناف ، والزيدية :

تناول أصحاب هذا القول بيع الوفاء، وأجازوه ، ومع ذلك فلكل مذهب تفصيل محدد في هذا الأمر ؛ فالأحناف[1] درسوا هذا البيع ، وتعددت آراؤهم فيه حتى وصلت إلى ثمانية أقوال كما ذكرها ابن نجيم[2] تفصيلاً ، والخلاف في مجملة يدور حول طبيعة هذا العقد ؛ فيرى بعضهم[3] أنه رهن ، ومن ثم فلا يملك المشترى المبيع ، ولا ينتفع به إلاّ بإذن البائع ، ويضمن ما أتلفه ويسترده البائع المبيع عند قضاء الدين الذي عليه للمشتري ، وعلى ذلك فالبيع هذا هو رهن حتى وإن سمياه الطرفان بيعاً ؛ لأن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني[4] ،ويرى آخرون أنه بيع صحيح للعرف، ولحاجة الناس إليه ؛ ولأن شرط

---

(١) يقال إن الاختلاف أساساً حصل بين الفقهاء في مدينة بلخ في القرن الخامس الهجري ، وهي مدينة مشهورة بخراسان تقع في الإقليم الخامس ، وهي من أجمل مدن خراسان وأكثرها خيرا ، وأوسعها ثمرات يحمل ثمراتها إلى جميع مناطق خوارزم ، بينها وبين ترمذ مسافة اثنا عشر فرسخا ، ويقال لجيحون نهر بلخ ، وقد افتتحها الأحنف بن قيس في عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه .(راجع ترجمتها في :معجم البلدان لياقوت الحموي البغدادي ج١ ص٤٧٩-٤٨٠) .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٦ ص ٨ ــ ٩ راجع كذلك : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٥ ص١٨٣ ــ ١٨٤ ، وفتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٦٤ ــ ١٦٥ ، وجامع الفصولين لابن قاضى سماوه ج ٢ ص ١٦٩ وما يليها .

(٣) وهذا الرأي للإمامين أبي شجاع، وعلي السغدي ، فأبو شجاع هو محمد بن أحمد بن حمزة بن الحسين ابن العباس بن علي بن أبي طالب المشتهر بالسيد أبي شجاع كان في عصره علي السغدي بسمرقند والحسن الماتريدي ، وكان المعتبر في زمانهم في الفتاوى أن يجتمع خطهم عليها ، أما السغدي فهو أبو الحسن نسبته إلى سغد بضم السين وسكون الغين ، وهي ناحية من نواحي سمرقند كان إماما فاضلا فقيها مناظرا سكن بخارى، وتصدر للإفتاء فيها انتهت إليه رياسة الحنفية أخذ الفقه عن السرخسي ، وكانت وفاته سنة إحدى وستين وأربعمائة للهجرة ببخارى من تصانيفه النتف في الفتاوى ، وشرح الجامع الكبير . (راجع ترجمتهما في :الفوائد البهية في تراجم الحنفية للهندي ص١٢١ ،ص١٥٥ ، ومعجم البلدان لياقوت الحموي ج١ ص٤٨٠) .

(٤) راجع : جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص١٦٩-١٧٠ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٥ ص١٨٣.

الإعادة ملزم[1] ، وقال بعضهم هو بيع فاسد[2] باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين ، وكل فريق علّل وجهة نظره ، وهكذا تجادل الأحناف حول مضمون هذا البيع حتى استقر رأيهم في نهاية المطاف على أنه عقد مركب من عدة عقود.

وفي هذا الصدد ذكر ابن نجيم[3] القول الراجح ؛ حيث قال : " القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام متى ملك كل منهما الفسخ ، وصحيح في حق بعض الأحكام كمنافع المبيع[4]، ورهن في حق البعض متى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه".

وقد رجحت مجلة الأحكام العدلية هذا القول ؛ إذ نصت المادة (١١٨) على أن بيع الوفاء " هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشترى إليه المبيع ، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشترى به ، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدراً على الفسخ ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشترى لا يقدر على بيعه إلى الغير "، وذكر بعض شراحها[5] أن ما اختارته المجلة هو الراجح من أقوال فقهاء الأحناف .

وعلى هذا الأساس فالواضح أن بيع الوفاء عند الأحناف عقد مركب من ثلاثة عقود هي البيع الصحيح ، والبيع الفاسد ، والرهن ، وقد شبهه بعضهم[6] بالزرافة ؛ لأنها مركبة من ثلاث صفات صفة البعير والبقر والنمر؛ ولذا فهو فاسد بالنظر إلى كون كل من المتبايعين مقتدراً على الفسخ ، وهذا ما ذكرت مجلة الأحكام صراحة في المادة (٣٩٦) التي نصت على أنه " كما أن للبائع وفاء أن يرد الثمن ويأخذ المبيع كذلك للمشترى أن يرد المبيع ويسترد الثمن"

---

(1) وهذا الرأي لبعض مشائخ سمرقند كما ذكر الزيلعي ، للاستزادة راجع :تبيين الحقائق ج٥ ص١٨٣

(٢) راجع : فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ج٤ ص٤٠٥ ، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص١٧٠ .

(3) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٦ ص٩ .

(4) ويعني أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع بالمبيع، إلا إنه لا يملك بيعه .راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٥٤٦ .

(٥) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج ١ ص ٩٧ .

(٦) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٦ ص ٩

والملاحظ أن فقهاء الأحناف لم يشترطوا مدة محددة للتراد ؛ إذ يجوز أن تكون شهوراً أو سنيناً ؛ فالمدة هنا غير منضبطة ، ومن ثم فإنه يحق لأي من الطرفين أن يسترد ما يخصه متى شاء ؛ فللبائع أن يسترد المبيع متى رغب فى ذلك ، والأمر كذلك للمشترى ؛ إذ يحق له أن يسترد الثمن فى أي وقت ، وهذا يعد من قبيل البيوع الفاسدة[١] .

كما أن هذا البيع فيه صفة الرهن لكون المشترى لا يقدر على بيع المبيع إلى الغير، وهذا ما ذكرت مجلة الأحكام في المادة (٣٩٧) التي نصت على أنه :"ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر " ، وفيه صفة البيع الصحيح بالنظر إلى أن المشترى ينتفع بالمبيع ؛ إذ يجوز له أن يستغل المبيع وينتفع به دون حاجة إلى إذن البائع، ما دام البيع قائماً غير مفسوخ، وهذا ما ذكره بعض المعاصرين[٢] غير أن بعض شراح المجلة [٣] يرى أن المنافع لا تكون للمشترى إلا إذا اشترطها ، فإن لم يشترطها فهي للبائع، وإذا استهلكها المشترى دون إذن البائع فعليه الضمان .

ومستندهم فى ذلك المادة (٣٩٨) من المجلة التي نصت على أنه " إذا شُرط فى الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشترى صح " وقد تناول الشيخ الزرقاء[٤] نص هذه المادة ،وأشار إلى أن شراح المجلة قد وقعوا فى لبس بسبب سوء صياغة هذه المادة ؛ لأن المجلة قد وضعت باللغة التركية ثم تُرجمت إلى العربية ، حيث يرى الشيخ الزرقاء أن كل المنافع للمشترى فى هذا البيع ، وهذا هو الأصل ، وهو ما قصدته المادة المذكورة، غير أنه يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على جعل جزء فقط من المنافع للمشترى .

وللزيدية تفصيل حول حكم هذا البيع ، فهم يطلقون عليه بيع الرجاء كما تقدم ، ويرون أنه على ضربين الأول منهما أن يقول البائع للمشترى بعت منك بيع رجاء إلى أن آتيك بحقك ، أو لم يتلفظ بذلك بل هو عرف ظاهر لهم ، وفحوى العرف أن البائع متى رد

---

(١) راجع : بحث بيع الوفاء للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء ، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع مرجع سابق ج ٣ص١٤ .

(٢) بيع الوفاء للشيخ الزرقاء، المرجع السابق ج٣ ص ١٦ .

(٣) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج ١ ص ٣٦٦ .

(٤) راجع : بيع الوفاء لمصطفى الزرقاء ، مرجع سابق ،العدد السابع ج٣ ص ١٨ .

على المشترى الثمن رد له المشترى المبيع سواء رضي المشترى أم كره ، ولا يراعون فى ذلك فسخاً ولا إقالة ؛ فهذا باطل عند الزيدية ؛ لأنه ربا ولا يحق للمشترى أن يأخذ شيئاً من ثمار المبيع أبداً ، ولا منافعه حتى لو أباحها له البائع أو وهبها له أو نذر بها عليه ؛ لأن ذلك حيله فى الربا فلا حكم له، ويلزمه أجرة المبيع إذا استعمله ؛ ويضمن المشتري المبيع إذا تلف بيده كما في البيع الباطل .

أما الضرب الثاني فتكتمل فيه شروط صحة البيع في الظاهر، وهو ينقسم إلى نوعين الأول أن يكون قصد المشترى إنما هو التملك للمبيع لا التوصل بعقد البيع إلى طلب زوائد المبيع فقط ، وهذا البيع صحيح عندهم بكل حال ، وسواء أكان الثمن قليلاً أم كثيراً ؛ لأنه ليس من عقود الربا ، والثاني إذا قصد المشترى طلب الزوائد ؛ فالبيع هنا حرام باطل ، ولا يصح العقد بهذا الشكل ؛ لأن المخفي في عقود الربا كالظاهر عندهم[١] .

والظاهر من قول الزيدية أنهم يجيزون بيع الوفاء في الحالة التي يكون قصد المشتري تملك المبيع ، أما إذا لم يقصد تملك المبيع ، وإنما قصد الحصول على زوائد المبيع فهذا لا يجوز عندهم ؛ لأنه حيلة في الربا.

وقد بحث فقهاء الإمامية هذا البيع فى الأحكام المتعلقة بخيار الشرط ؛ إذ سموه بيع الخيار[٢] ، وعدوه صورة من صور خيار الشرط ، وجعلوا ثمرة المبيع للمشترى ، وسيأتي قولهم مفصلاً عند الحديث عن موقف الفقهاء من الصورة الثانية لخيار النقد .

القول الثاني : للمالكية، وبعض الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية

وقد نظر هؤلاء إلى بيع الوفاء ، وقالوا إن فيه شرطا فاسداً يخالف مقتضى العقد وحكمه ؛ لأن حكم العقد أن المشترى يتملك المبيع ولا يرده ، وكذلك البائع يتملك الثمن ولا يرده ، كما أن انتفاع المشترى بالمبيع وأخذ ثمرته ربا لا يجوز ، وفي ذلك قال المالكية إن هذا البيع هو سلف جر منفعة [٣] ، وهو أيضا بيع وسلف في الوقت نفسه ،

---

(١) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج ٢ ص ٣٩٠ .

(٢) راجع : كتاب المكاسب للأنصارى ج ٢ ص ٢٤٩ .

(٣) راجع : البيان والتحصيل لابن رشد القرطبي ج ٧ ص ٣٣٦ ، ومعين الحكام على القضايا والأحكام لابن عبد البر ج٢ ص٤٢١-٤٢٢ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٨م . وجاء فيه " ولا يجوز بيع

وفي هذا الصدد قال ابن رشد[1]: " وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فإنه لا يجوز عند مالك ؛ لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف إن جاء بالثمن كان سلفاً ، وإن لم يجئ كان بيعاً " ، وإذا وقع البيع على هذه الصورة بطل الشرط والبيع معاً ، ويجب فسخه عند المالكية ما لم يفت المبيع بيد المشتري ، فإذا هلك بيد المشتري وجب عليه دفع قيمته يوم القبض ، وقال بعضهم إن البيع جائز إذا أُسقط صاحب الشرط شرطه[2]

وقد ذكر بعض الشافعية هذا البيع وقالوا إنه إذا وقع بشرط الوفاء في صلب العقد فهو فاسد ، أما إذا وقع من غير شرط في صلب العقد فالبيع صحيح ، فإذا اتفق الطرفان سراً على شرط الوفاء ولم يصرحا به ، فالبيع صحيح عند الشافعي كما ذكر ابن حجر الهيتمي[3] ، ولكنه مكروه ، والسبب في الإجازة أن الشرط المقترن بالعقد إذا كان غير ملفوظ فهو جائز عند الشافعي ، أما الحنابلة فهذا النوع من البيع باطل عندهم لأنه يعد رباً؛ إذ هو قرض جر منفعة[4]، وعند ابن جزم الظاهري[5] لا يجوز هذا البيع .

وهذا ما تم التوصل إليه من آراء الفقهاء في بيع الوفاء ، والظاهر أنه عقد مركب يجرى فيه العقد الصحيح ، والرهن ، والبيع الفاسد كما قال الأحناف ، وقد ظهر في ذلك الزمان لحاجة الناس إليه فراراً من الربا ، مع أن الفقهاء المانعين له ، قد رأوا أنه عقد فاسد لمنافاته مقتضى حكم العقد ، ولشبهة الربا ، وقد سلك مجمع الفقه الإسلامي هذا

= الثنياء وهو أن يقول أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إن آتيتك بالثمن إلى مدة كذا أو متى آتيتك به فالبيع مصروف علي "

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (للحفيد) ج ٥ ص ٧ ، وراجع كذلك : القوانين الفقهية لابن جزى الكلبي ص٢٥٧ .

(٢)راجع : فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لعليش ج١ ص٢٩١ .

(٣) الفتاوى الكبرى ج ٢ ص ١٥٣ ـ ١٥٧ .

(٤) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص١٤٩-١٥٠

(٥) راجع :المحلى ج٧ ص٥٤٨.

المسلك ؛ إذ قرر بطلان بيع الوفاء بوصفه تحايلاً على الربا لكونــه يعــد قرضـاً جــر منفعة[١].

ومع ذلك وجدت من المعاصرين[٢] من نادى بإجازة هذا العقد لحاجة الناس إليه ؛ ولأنه قد يخلّص المجتمعات الإسلامية من الارتباكات الاقتصادية وبخاصة فـــي البيــوع الجديدة ، ولاسيما أن الصيغ الاقتصادية صارت من الكثرة والتوسع بحيث صار من المفيد عدم إلغاء هذا العقد ، وغيرهُ من العقود التي صاغها الفقهاء المسلمون .

وهذا الرأي هو ما أميل إليه ، متى تم تطهير هذا العقد من شبهة الربــا ، حيــث يجب وضع الضوابط الشرعية له، وأهمها أن يتم التوقف في ملكية زوائد المبيــع حتــى يتبين المالك الحقيقي للمبيع، وعندئذ تصير له، على أنه ينبغي أن تكون مدة التراد محددة ومنضبطة برضا الطرفين، ولا يكون الخيار إلا للبائع فقط، ومتى تم تطهير هذا البيع من هذه الشوائب فعندئذ يمكن إدماجه في خيار النقد ،ولاسيما في الصورة الثانية من صـــور هذا الخيار، والله أعلم بالصواب .

٣- مدى الشبه والاختلاف بين خيار النقد وبيع الوفاء:

يلاحظ أن بعض الأحناف (كقاضي خان وابن نجيم) قد جعلوا بيع الوفاء داخــلاً في خيار النقد ، لما بينهما من شبه كبير ؛ إذ يرى ابن نجيم أن المناسب في بيع الوفاء أن يذكر ضمن خيار النقد ؛ لأنه يراهُ فرداً من أفراد مسألة خيار النقد[٣]

---

(١) راجع : قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٨ / ٤ /٧ ، الخاص ببيع الوفاء المنعقد في جدة من ٧ – ١٢ ذو القعدة ١٤١٢ هــ/ ٩-١٤ مايو ١٩٩٢ م ، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ج ٣ ص ٥٥٧ .

(٢) راجع : مدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء للدكتور/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور ، بحث منــشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ١٠٤ ، وبيع الوفاء وعقد الرهن للدكتور/ عبد الله محمد عبد الله ، بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي ج ٣ ص٤٠٦ ، العدد السابع، جدة ،١٩٩٢م.

(٣) راجع : البحر الرائق ج ٦ ص ٨ . وقد أشار ابن نجيم إلى أن الفقهاء ذكروا بيع الوفاء فـــي مــواطن مختلفة ثم قال- معلقا- : " وذكره هنا أنسب لأنهُ من أفراد مسألة خيار النقد " ، وقد مال بعض الباحثين إلى رأى ابن نجيم وقاضي خان ، ومنهم الدكتور عبد الستار أبوغدة في بحثه الخيارات، مرجــع ســابق ص٥٦٤ ، حيث قال:" بيع الوفاء صورة عملية من صور خيار النقد "، والدكتور أشرف محمود الخطيب في بحثه خيار النقد في الفقه الإسلامي ص١٣١ ،جامعــة الأزهــر ، القــاهرة ١٤١٨هـــ ، حيــث قال :"الصورة الثانية لخيار النقد ذات شبه تام ببيع الوفاء" ، وهذا القول محل نظر ؛ لأن الصورة الثانية من خيار النقد لا تتطابق مع بيع البيع الوفاء في كثير من الأمور تم ذكرها في متن هذا البحث .

ومع ذلك هناك من فقهاء الأحناف من عارض قول ابن نجيم ، ولم يؤيده ؛ إذ بين ابن عابدين أن بيع الوفاء إنما يكون من أفراد خيار النقد على القول بفساد خيار النقـــد إن زادت مدته على ثلاث لا على القول بصحته ؛ لأن خيار النقد مُقيد بثلاثة أيـــام ، وبيـــع الوفاء غير مقيد بها ، فكيف يكون من أفراده[1] .

ومع ذلك يرى بعض المعاصرين[2] أن قول ابن عابدين مبنى على ما ذهب إليــه أبو حنفية وأبو يوسف ؛ لأنهما حددا مدة خيار النقد بثلاثة أيام فقط ، فى حين أن محمـــداً يرى جواز زيادة المدة على الثلاث ، وبذلك يظل بيع الوفاء من أفراد مسألة خيار النقد .

وهذا القول محل نظر ؛ لأن بيع الوفاء لا يعد من أفراد مسألة خيار النقد ، حتـــى وإن وجد فيه شبه بالصورة الثانية لخيار النقد ، فإنه مع ذلك يختلف عن خيار النقد فـــى الأمور الآتية :

١ – في الصورة الثانية من صور خيار النقد يكون الخيار للبائع ، وهو المتمكن من فسخ العقد أو إمضائه ، ولا يجوز ذلك للمشترى؛ لأنه ليس صاحب الخيار ، والعقد في حقه لازم، ولا يجوز له الرجوع فيه ، أما فى بيع الوفاء فالعقد غير لازم في حق الطرفين ؛ لأن الشرط لهما معاً ،ويحق لكل واحد منهما الفسخ ؛ إذ يجوز للبائع أن يرد الثمن، ويجب على المشترى أن يرد له المبيع، ويجوز كذلك للمشترى أن يرد المبيع للبائع ، وعندئذ يجب على البائع أن يرد له الثمن ؛ ولهذا حكم الفقهاء على بيع الوفاء بالفساد بسبب وجود شرط التراد لكون كل واحد من الطرفين مقتـــدراً على الفسخ ، فى حين أن فقهاء الأحناف قد أجازوا الصورة الثانية لخيار النقـــد ، ولم ينكروها فإذا كان بيع الوفاء هو صورة طبق الأصل من خيـــار النقـــد فـــى صورته الثانية، لوجدنا أنهم قد استغنوا عن ذكر بيع الوفاء ، واكتفوا بتبويبه ضمن الجزء المخصص لخيار النقد، ولكن مع ذلك يلاحظ أنهم قد خصصوا لبيع الوفاء باباً معيناً ، وذكروا أحكامه بعيداً عن خيار النقد .

٢- من أهم شروط خيار النقد أن يتم رد الثمن وارتجاع المبيع خلال ثلاثة أيام علـــى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ــ كما سيرد ــ ، في حين أن بيع الوفاء غير مقيـــد بمدة محددة ؛ فقد تكون مدة التراد شهوراً أو سنيناً .

---

(١) راجع: حاشية منحة الخالق لابن عابدين بهامش البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٨ .

(٢) راجع : الخيارات للدكتور عبد الستار أبوغدة ،مرجع سابق ص٥٦٤ .

٣- في بيع الوفاء تكون ثمرات المبيع، ومنافعه للمشترى ، وفى خيار النقد الزيادة قد تؤدي إلى سقوط الخيار عند الأحناف كما سيتضح لاحقاً ، ولا يحق للمشترى الانتفاع بالمبيع فى أثناء مدة الخيار .

٤- بيع الوفاء مركب من ثلاثة عقود هي الرهن والبيع الصحيح والفاسد ، في حين أن خيار النقد هو شرط تحفظي يقترن بالعقد بعد لزومه ، وتكون فائدة هذا الشرط لمصلحة صاحب الخيار حيث يصير العقد غير لازم في حق صاحب الخيار.

٥ – في بيع الوفاء إذا مات أحد الطرفين انتقل حق الفسخ للوارث ؛ فإذا باع إنسان داره بيعاً وفائياً ثم مات فللورثة استرداد المبلغ الذي دفعه مورثهم ورد الدار لصاحبها ، أما خيار النقد فلا يورث عند الأحناف ؛لأنه صفة شخصية في نظرهم كما سيتضح لاحقا .

الفرع الثالث

صلة خيار النقد بالإقالة

قبل أن أبين صلة خيار النقد بالإقالة ، رأيت أنه من المفيد أن أعطى فكرة موجزة عن الإقالة من حيث التعريف بها ، وبيان مشروعيتها، ومضمونها ، ثم أذكر أوجه الشبه والاختلاف بينها ، وبين خيار النقد ،وذلك فيما يأتي :

١- تعريف الإقالة :

الإقالة فى اللغة تعنى الرفع والإزالة والفسخ ، ومن ذلك قولهم : " أقال الله عثرته" إذا رفعه من سقوطه ، وتقايل البائعان : تفاسخا صفقتهما ، وقد تقايلا بعدما تبايعا ، أى تتاركا. [١]

أما فى الاصطلاح فقد عرّفها بعض الفقهاء بأنها : "ترك المبيع لبائعه بثمنه"[٢] ، وقال بعضهم هي : "رفع العقد بين المتعاقدين"[٣] .

ويتضح من هذين التعريفين أن الإقالة تعنى رفع العقد وإزالته وهذا التعريف لا يختلف عن معناها اللغوى ، وعلى هذا الأساس فالإقالة تزيل العقد وتعيد العاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، سواء أكان ذلك فى عقد البيع أم غيره من العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ ؛كالإجارة وغير ذلك[٤] .

---

(١) راجع : لسان العرب لابن منظور ، باب القاف ، مادة قيل ، ج٥ ص٣٧٩٨٠ ومختار الصحاح للرازى ، باب القاف، مادة قيل ص٥٦٠ ، والمصباح المنير للفيومى فى غريب الشرح الكبير للرافعى ، كتاب القاف ، مادة قال ص٥٢١ .

(٢) راجع : شرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص٣٧٩ .

(٣) راجع : عون المعبود لمحمد آبادي، كتاب البيوع، باب في فضل الإقالة ، برقم ٣٤٤٣ ، ج٩ ص٣٣١ . والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٤٧٦ .

(٤) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٣٣١ ، وجاء فيها : "التعبير بالعقد هو تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما"، راجع كذلك: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص١١٢.

٢- دليل مشروعية الإقالة والحكمة منها :

أ ـ دليل مشروعيتها :

الإقالة جائزة ولا خلاف بين الفقهاء [١] حول مشروعيتها ـ فيما علمت ـ لما ورد عن أبي هريرة -رضى الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : " مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ "[٢] ، وفى رواية : "من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة".[٣]

ب ـ الحكمة من مشروعيتها :

الإقالة مندوبة وهى مستحبة لما فيها من فضل وبركة لمن أقال صاحبه ، ونزوع البركة من مال من منعها [٤] ؛ فقد يشترى أحدهم من صاحبه سلعة ثم يندم على الشراء إما لظهور الغبن ، أو لزوال الحاجة إلى السلعة أو لانعدام الثمن ، فهنا إذا سعى المشترى إلى البائع وقال له أنا اشتريت منك هذه السلعة بكذا ، وليس بيننا خيار ، والعقد لازم ، لكنى ندمت فأرجو منك أن تفسخ العقد ، فإذا قبل البائع هذا الطلب وفسخ العقد أزال الله

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٧٩-٣٨٠ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٣٣١ ، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج١ ص١١ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٥٦٢-٥٦٣ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص٢٥٠-٢٥١ ، والتهذيب فى فقه الشافعى للبغوى ج٣ ص٤٩٠ -٤٩١ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص١٣٢ ، والروض المربع للبهوتى ص٢٤٧-٢٤٨ ، والتاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٤٧٦ ، والمحلى لابن حزم الظاهرى ج٧ ص٤٨١ ، وشرائع الإسلام للمحقق الحلى ج١ ص٦٦-٦٧ ، وكتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٥٧-١٥٨ .

(٢) رواه ابن ماجه فى سننه – واللفظ له -، فى كتاب التجارات ، باب الإقالة ، برقم ٢١٩٩ ، ج٣ ص٥٤٨ ، وأبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في فضل الإقالة برقم ٣٤٦٠ ، ج٣ ص٢٧٤ ، ولم يذكر لفظ "يوم القيامة" ، والحاكم فى المستدرك فى كتاب البيوع ، باب من أقال مسلماً أقال الله عثرته ج٢ ص٤٥ ، ولم يذكر لفظ "يوم القيامة" وقال عن هذا الحديث "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه" ، ورواه ابن حبان فى صحيحه فى كتاب البيوع ، باب الإقالة ، برقم ٥٠٠٨ . (راجع: الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان لابن بلبان ج٧ ص٢٤٣)، وقد صححه الألبانى فى إرواء الغليل فى كتاب البيوع ، باب الشروط فى البيع ، برقم ١٣٣٤ ، ج٥ ص١٨٢ ، وقال عنه : رجاله ثقات ، رجال البخاري.

(٣) رواه ابن حبان فى صحيحه عن أبى هريرة ـ رضي الله عنه ـ في كتاب البيوع ، باب الإقالة برقم ٥٠٠٧ ، راجع الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان لابن بلبان ج٧ ص٢٤٣ .

(٤) راجع : كتاب الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٥٧ .

مشقته وعثرته يوم القيامة ؛ لأن فعله هذا إحسان منه على المشترى[1] ، ولا ينطبق هـذا الأمر على المشترى فحسب ، بل قد يحتاج البائع إلى الإقالة إذا باع شيئاً عزيـزاً علـى نفسه دون أن يكون له الخيار، وندم على البيع فعندئذ ليس أمامه إلا الالتجاء إلى المشترى لفسخ العقد ؛ وبذلك فإن الحكمة من إجازة الإقالة ظاهرة للعيان فهى من أعظم الفـضائل التى ينال فاعلها الأجر، والثواب من الله العلى القدير .

٣- **شروط الإقالة وطبيعتها** :

أ ــ شروط الإقالة :

الإقالة لا تصح إلا إذا توافرت لها شروط محددة ، وسأذكر فيما يأتي أهـم هـذه الشروط بإيجاز، وهى:

الشرط الأول : رضا المتعاقدين واتحاد المجلس ، ويعنى ذلك أنه لابد من رضا المتعاقدين برفع العقد ؛ كأن يقول أحدهم للآخر ، أقلت فيقول الآخـر قبلـت ، أو أجزت أو رفعت أو تركت [2] ، أما إذا لم يتم رضا العاقدين فـلا تتحقـق الإقالة ؛ لأن العقد إذا تم صار باتاً ولازماً فى حق الطرفين ويحتاج رفعه إلى رضا الطرفين. [3]

الشرط الثانى : لابد أن تقع الإقالة فى مبيع باقٍ فلو كان قد تلف جميعه فلا تـصح إلا أن يتراضيا على تسليم القيمة صح ، أما لو تلف بعضه فإنها تصح فى الباقى، ويقسم الثمن على قدر القيمة[4]، أما هلاك الثمن فلا يمنع صـحتها ؛ لأن العقد يتعلق بالعين فى العروض دون الأثمان فكذا فى الإقالة [5]ولا تـصح الإقالة كذلك فى المبيع إذا زاد زيادة حسية لا يمكن فصلها ؛ كالكبر وصبغ الثوب ، وغير ذلك. [6]

(١) راجع : عون المعبود شرح سنن أبى داود ،كتاب البيوع ، باب فى فـضل الإقالـة بـرقم ٣٤٤٣ ، ج٩ ص٣٣١ ، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٣٨٣ .

(٢) راجع : التهذيب فى فقه الإمام الشافعى للبغوى ج٣ ص٤٩ .

(٣) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٣٣٣ .

(٤) راجع : التاج المذهب للعنسى ج٢ ص٤٧٨ .

(٥) راجع : الاختيار لتعليل المختار لابن مود ود ج١ ص١٢ .

(٦) راجع : التاج المذهب للعنسى للصنعانى ج٢ ص٤٧٩ .

الشرط الثالث : أن تقع بعد البيع فلا تصح قبل العقد ، ولو أضيفت إلى بعده ، كما يرجع المشترى على البائع بالثمن الأول دون زيادة أو نقصان ، ولا تصح الإقالة إذا مات أحد العاقدين[١]،وقال بعضهم تجوز بأقل وأكثر ؛ لأن محذور الربا فى هذا بعيد ، وهو الذى عليه عمل الناس ، وهو من مصلحة الجميع ، وذلك أن البائع إذا أقال المشترى فإن الناس سوف يتكلمون ويقولون لولا أن السلعة فيها عيب ما ردها المشترى ، فيأخذ البائع عوضاً زائداً على الثمن من أجل جبر هذا النقص.[٢]

ب ــ طبيعة الإقالة :

على الرغم من اتفاق الفقهاء على مشروعية الإقالة، وفضلها فإنهم قد اختلفوا حول طبيعتها هل هى فسخ أم بيع ؟ حيث تباينت آراؤهم على قولين :

القول الأول : لأبى حنيفة في رواية وزفر[٣] ، والشافعية في صحيح مذهبهم [٤] والحنابلة على الصحيح [٥] ، والزيدية [٦] ، والإمامية [٧] ، ويرى هؤلاء أن الإقالة فسخ ؛ لأن معناها فى اللغة الرفع ، حيث يُقال فى الدعاء اللهم أقلنى عثراتى ،أى ارفعها ، والأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عنه اللفظ لغة ورفع العقد يعنى فسخه ، ومن ثم فإن معنى الإقالة هو الفسخ ؛ لأن الأصل مطابقة المعنى الشرعى للمعنى اللغوى حتى يقوم الدليل على خلافه ، وبذلك فالإقالة فسخ للعقد لا بيع. [٨]

كما قالوا إن الإقالة تختلف عن البيع من حيث الاسم ، ومن ثم فهى تخالفه من حيث الحكم ، فإذا كانت رفعاً لا تكون بيعاً ؛ لأن البيع إثبات أما الرفع فهو نفي[٩]، كما أن

---

(١) راجع : الروض المربع للبهوتى ص٢٤٨ ، والتهذيب فى فقه الشافعى للبغوى ج٣ ص٤٩١ ، وشرائع الإسلام للمحقق الحلى ج١ ص٦٦.

(٢) راجع : الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٣٨٥.

(٣) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٨٠ ، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج١ ص١١ .

(٤) راجع : التهذيب فى فقه الإمام الشافعى للبغوى ج٣ ص٤٩٣ .

(٥) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص١٣٢ ، والروض المربع للبهوتى ص٢٤٨ .

(٦) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٤٨١.

(٧) راجع: شرائع الإسلام للمحقق الحلى ج١ ص٦٦ .

(٨) راجع: بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٨١ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٣٢٠ ، والروض المربع للبهوتى ص٢٤٨ .

(٩) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٨٢ .

الإقالة مقدرة بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تقدر به ، والمبيع يعود للبائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب [١] ؛ ولهذه الأسباب مجتمعة فالإقالة عندهم ترفع العقد وتزيله مثلها مثل سائر الفسوخ وليست معاوضة .

وقد اختارت مجلة الأحكام العدلية هذا القول حيث جسدته في المادة ١٦٣ التي نصت على أن "الإقالة هي رفع عقد البيع وإزالته" ، وقد قال بعض شراحها[٢] أن المقصود بالرفع الفسخ سواء أكان العقد بيعا أم إجارة أم غير ذلك من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ .

<u>القول الثاني</u> : للمالكية [٣] وللشافعي في قوله القديم [٤] ولأحمد بن حنبل في رواية [٥] ، ولأبي يوسف من الأحناف [٦] ، وللظاهرية [٧] والإباضية [٨] ، ويرى هؤلاء أن الإقالة بيع ؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ذلك في الإقالة فكانت بيعاً لوجود معنى البيع فيها ، والعبرة للمعنى لا للصورة ، كما أن معنى الفسخ لا ينطبق عليها ؛ لأن الفسخ في العقود ما كان عن غلبة دون ما وقع عن اختيار ورضا[٩] .

ومما سلف يبدو لي رجحان القول الأول لقوة أدلته ؛ ولأن الإقالة هي فسخ بها يرتفع العقد الأول، وبرضا الطرفين، فالفسخ يعني إزالة العقد بعد وقوعه ، ولا يتحقق فيها معنى البيع ؛ لأنها تهدم العقد.

---

(١) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص١٣٢.

(٢) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص١١٢

(٣) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٥٦٣ ، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص٣٧٩ .

(٤) راجع : التهذيب في فقه الشافعي للبغوي ج٣ ص٤٩٣ .

(٥) راجع:الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص١٣٢

(٦) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٨٢ .

(٧) راجع : المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٤٨١ .

(٨) راجع : الإيضاح للشماخي ج٦ ص١٥٧ ، وجاء فيه أن: "الإقالة بيع وتجوز في كل ما يجوز فيه البيع ولا تكون إلا بعد البيع "

(٩) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٨٢ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٥٦٣ .

٤- أوجه الشبه والاختلاف بين الإقالة وخيار النقد :

وبعد أن فرغت من بيان مضمون الإقالة ، أبين أوجه الشبه، والاختـلاف بينهما، وبين خيار النقد. وذلك على النحو الآتي :

أ – أوجه الشبه :

يلاحظ أن الإقالة تدخل على العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ (١) ؛ كعقد البيع وغير ذلك ، وهذه العقود يدخلها أيضاً خيار النقد وبقية الخيارات الشرطية (كخياري الشرط والتعيين) ، وبذلك فإن الإقالة تشبه خيار النقد وبقية الخيارات الشرطية من حيث العقود التي تدخلها،كما أن الإقالة تزيل العقد بالنسبة للماضي والمستقبل، وهكذا الحال بالنسبة لخيار النقد فانه يحق لصاحبه فسخ العقد لعدم النقد(٢) .

ب – أوجه الاختلاف :

الإقالة لا يجوز فيها الفسخ إلا برضا الطرفين معا في حين يجوز لصاحب خيار النقد أن يفسخ العقد دون رضا الطرف الآخر ، فيحق للمشترى إن كان له الخيار أن يفسخ العقد بعدم نقد الثمن ، وهذا الأمر ينطبق كذلك على خياري الشرط والتعيين.

ويكون العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار، في حين لا تكون الإقالة إلا حيث يكون العقد لازما للطرفين ، كما يجوز لصاحب الخيار تحديد مدة الخيار في حين أن العاقدين في الإقالة لا يجوز لهما تحديد ذلك .

كما أن خيار النقد وغيره من الخيارات الشرطية عبارة عن شرط يقترن بالعقد ويتفق عليه المتعاقدان، ويحددان مدته ، أما الإقالة فلا تعد شرطاً مقترنا بالعقد بل يتم الاتفاق عليها بعد أن يصبح العقد باتاً ، ولا يجوز الاتفاق عليها في صلب العقد أو قبله(٣)، ولهذا يقال تقايلا بعدما تبايعا .

---

(1) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص٣٢٣ ، وجاء فيها :"أما رفع ما ليس بلازم فلا يتصور فيه إقالة". والمقصود بذلك أن الإقالة لا تكون إلا في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ.

(2) راجع: خيار النقد للدكتور اشرف محمود الخطيب، مرجع سابق ص١٢٤.

(3) أجاز المشرع اليمنى الإقالة، وسماها الإقالة الشرعية في البيع ، وقد بين أحكامها في المواد من(٥٨٢) إلى (٥٨٤) ، حيث ورد تعريفها في المادة (٥٨٢) التي نصت على أن "الإقالة هي رفع عقد البيع بمثل الثمن الأول ولو مسكوتا عنه فيها وتجوز في بعض المعقود عليه بما يخصه من الثمن ، كما بينت المادة (٥٨٣) : شروط الإقالة ؛ إذ نصت على أن الإقالة "تصح بشروط أربعة هي :

١- أن تكون بلفظها .

٢- بين المتعاقدين

٣- في مبيع باق لم يزد زيادة غير متميزة .



المبحث الثاني
مشروعية خيار النقد

تمهيد وتقسيم :

لم ينل خيار النقد تلك المنزلة التى نالها خيار الشرط ، إذ لم يحظ بموافقة غالبية فقهاء المسلمين كما حظي بذلك خيار الشرط ، فخيار الشرط كما مر سلفاً لم ينكره سوى ابن حزم الظاهرى ، فى حين تباينت أراء الفقهاء حول مشروعية هذا الخيار ؛ إذ أجازه بعضهم، وأنكره الآخرون .

ويأخذ خيار النقد صورتين تقدم ذكرهما ، وفيما يلي سيتم ذكر موقف الفقهاء المسلمين من هاتين الصورتين ، وموقف القانون المدنى اليمنى منهما ، مع بيان القول الراجح، وتفصيل ذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول : موقف فقهاء المسلمين من صورتي خيار النقد

المطلب الثاني: أدلة الفقهاء ومناقشتها والترجيح بينها

المطلب الثالث : موقف القانون المدني اليمني من خيار النقد

=

٤- وتوقف على قبول العاقد الآخر فى المجلس ' . وبذلك يلاحظ أن المشرع اليمنى قد سلك مسلك الفقهاء المسلمين حيث أجاز الإقالة كما أنه عد الإقالة فسخاً ، وفى ذلك أخذ برأى أصحاب القول الأول ، وهم الحنابلة والشافعية ، ومن حذا حذوهم ، غير أنه يلاحظ أن المشرع اليمنى قد حصر الإقالة فى عقد البيع ، وهذا مسلك يخالف الفقهاء ؛ لأنهم لم يحصروا الإقالة فى عقد البيع بل جعلوها تدخل فى العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ ، ومع ذلك يبدو أن المشرع قد ذكرها في عقد البيع على سبيل المثال لا الحصر والله أعلم .



المطلب الأول

موقف فقهاء المسلمين من صورتي خيار النقد

خصص هذا المطلب لدراسة موقف الفقهاء من هذا الخيار ، وذلك في فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول

موقف فقهاء المسلمين من الصورة الأولى لخيار النقد

لم تتفق كلمة الفقهاء حول هذه الصورة من صور خيار النقد ؛ حيــث انقــسمت آراؤهم على قولين :

القول الأول : للمجيزين :

وهم غالبية الأحناف(١)، والحنابلة(٢)،والمالكية في قول(٣)،والشيرازي مــن الــشافعية (٤) والإمامية (٥)، وقيل إن سيدنا عمر بن الخطاب وابنه عبد الله –رضي الله عنهما– قد أجازا هذا الخيار ، وأجازه سفيان الثوري(٦)،وأبو ثور ويرى أصحاب هذا القول أنه يجوز خيار النقد في

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٥٠٢ ، والمبــسوط للــسر خــسي ج ١٢ ص ٥٠ ، والهداية شرح بداية المتبدئ للمرغيناني ج ٣ ص ٢٨ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحــر لــداماد أفندي ج٢ ص ٢٤ .

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٩ ، وكــشاف القنــاع للبهــوتي ج ٣ ص ١٩٦ والإنــصاف للمرداوي ج ٤ ص ٣٥ .

(٣) راجع: حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج ٥ ص٢٢١ ، وجاء فيها " اختلف الفقهــاء فيمن باع سلعة بثمن على أنه إن لم يأت به إلى أجل كذا فلا بيع بينهما على ثلاثة أقوال إحداها أن البيع باطل والثاني أنه صحيح ويوفي بالشرط والثالث أن البيع صحيح والشرط باطل ، وفي المذهب قول رابــع أن ذلــك جائز فيما لا يسرع إليه التغير"

(٤) راجع : المجموع شرح المهذب للنووي ج ٩ ص ٢٣٠ ، والعزيز شرح الــوجيز المعــروف بالــشرح الكبير للرافعي ج ٤ ص ١٩١ ، وقد ورد فيهما أن صاحب الرأي من الشافعية هــو الــشيرازي (أبــو إسحاق) .

(٥) راجع : تذكرة الفقهاء للحلي ج ٧ ص ٣٢٩

(٦) راجع : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ١٢٩ .

صورته الأولى الشائعة ، وهى التى يكون فيها الخيار للمشترى ؛ كأن يقول البائع للمشترى : (بعتك هذه السيارة بكذا على أنك إن لم تنقدني ثمنها خلال عشرة أيام فلا بيع بينا) .

وقد تواردت أقوال الفقهاء المجيزين لهذا الخيار بهذه الصيغة من ذلك ما ذكره ابن قدامة[١] ؛ إذ قال:" فإن قال بعتك على أن تنقدنى الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة و إلا فلا بيع بينا ، فالبيع صحيح " ، وقال بعض الإمامية" إذا قال بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث فإن نقدتني الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا صح "[٢]

القول الثاني : للمانعين، وهم الشافعية في الصحيح من مذهبهم ، وزفر من الأحناف ، والمالكية في المعتمد عندهم ، والظاهرية ، والإباضية ، ويرى أصحاب هذا القول عدم جواز خيار النقد في صورته الأولى، ومع ذلك فقد اختلفوا حول حكم العقد المقترن بخيار النقد ، حيث ظهر لهم رأيان فى هذه المسألة :

الرأي الأول : للغالبية، وهم الشافعية فى الصحيح من مذهبهم [٣] ،وزفر من الأحناف[٤] ،والظاهرية[٥] ، والإباضية[٦]، ويرى أصحاب هذا الرأي عدم جواز خيار النقد فى صورته الأولى؛ لأنه في نظرهم شرط فاسد مفسد للعقد ، وعلى ذلك فإذا اقترن هذا الخيار بالعقد بطل العقد والخيار معاً ، والبطلان هنا سببه الخيار ؛ لأنه إذا دخل على العقد الصحيح أفسده.

الرأي الثاني : وهو لمالك، وقد قال بكراهة البيع بخيار النقد ابتداء،فان وقع بطل الشرط،وصحة العقد ،وجاء قولهُ مذكوراً فى المدونة الكبرى برواية سحنون، حين سُئل عن حكم خيار النقد فى صورته الأولى ، فقيل له : ما قولك فى رجل باع سلعة من رجل على أنه إن لم ينقده إلى يوم أو يومين أو عشرة أيام فلا بيع بينهما فأجاب مالك[٧] بقوله "

(١) المغنى ج ٤ ص ٢٩ .

(٢)راجع : تذكرة الفقهاء للحلي ج ٧ ص ٣٢٩

(٣) راجع : العزيز شرح الوجيز للرافعي ج ٤ ص ١٩١ ، والمجموع شرح المهذب للنووي ج ٩ص ٢٣٠

(٤) راجع : الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج ٣ ص ٢٨ .

(٥) راجع : المحلى بالآثار لابن حزم الظاهرى ج ٧ ص ٥٤٨ .

(٦) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ٩ ص ٢٧٨ .

(٧) المدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٠٥ .

أكره هذا البيع أن يعقداه على هذا الشرط ، فإن عقدا البيع على هذا الشرط بطل الشرط وجاز البيع بينهما " .

ومن قول الإمام مالك يتضح أن البيع إذا وقع بين المتعاقدين ، وكان فيه خيار النقد بطل شرط الخيار[١] ؛ لأنه من المخاطرة فى نظره ، أما العقد فلا يبطل ؛ لأنه قد تم؛ ومن ثم وجب على المشترى أن يدفع الثمن الذى تم الاتفاق عليه [٢] .

وبناء على ما سلف فالمانعون أجمعوا على بطلان خيار النقد فى صورته الأولى ؛ ولكنهم اختلفوا حول مصير العقد أهو باطل أم صحيح ؟ الغالبية قالوا الشرط باطل وكذلك العقد ؛ وخالفهم مالك فقال الشرط يبطل فقط ، أما العقد فهو صحيح ، هذه هى أقوال الفقهاء فى الصورة الأولى ، ولم أوفق في العثور على قول محدد لفقهاء الزيدية فى هذه المسألة .

---

(١) راجع : عدة البر وق فى جمع ما فى المذهب من الجموع والفروق للونشريسي ص ٤٣٦ ، والقوانين الفقهية لابن جزى الكلبي ص ٢٥٧.

(٢) المدونة الكبرى لمالك ج ٣ ص ٢٠٤ .

الفرع الثاني
موقف فقهاء المسلمين من الصورة الثانية لخيار النقد

لم يتفق الفقهاء كذلك على جواز الصورة الثانية لخيار النقد ، بل اختلفت آراؤهم على قولين :

القول الأول للمجيزين: وهم الأحناف عدا زفر، ، والإمامية ، وقد أجاز هؤلاء خيار النقد فى صورته الثانية ، وهى التى يكون فيها الخيار للبائع ، وقد ذكروا هذه الصورة بالأمثلة الدالة على جوازها .

فالأحناف قالوا يجوز شرط خيار ارتجاع المبيع للبائع فى خلال مدة معينة يحددها الطرفان برضاهما ، ويجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشترى ، ويتسلم المبيع[١] فإذا تم التعاقد بين المتبايعين وقام المشترى بدفع الثمن إلى البائع ، ثم إن البائع اشترط أنه إن رد الثمن إلى المشترى خلال مدة يتفقان عليها فلا بيع بينهما فهنا الشرط صحيح ، وبسببه يتوقف لزوم العقد لمصلحة البائع لكونه صاحب الخيار ، والمشترى إذ قبض المبيع يكون ضامناً له بقيمته ، فيصبح من حق البائع أن يمضى العقد أو يفسخه خلال مدة الخيار .

وهذا عن رأى الأحناف ، وأما الإمامية فقد أجازوا خيار النقد فى صورته الثانية، وسموا هذه الصورة (بيع الخيار) ؛ حيث ذكروا أن هذا الخيار يعد من أفراد خيار الشرط ، وهو جائز بالإجماع عندهم ، وصورته أن يبيع البائع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها ويرتجع المبيع[٢].

---

(١) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج ٣ ص٣٩ ، وحاشية أحمد الشلبي بها مش تبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٥ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج ١ ص ٢٦١ وحاشية الطحاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٣ ص ٣١ ، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي ج ٣ ص ٨٦ ـ ٨٧ ، وموسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد لأحمد القدوري ج ٥ ص ٢٢٨٥ ، وجاء فيها " وإن قال البائع : على أنى إن رددت الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز البيع وكان بمنزلة شرط الخيار للبائع ".

(٢) راجع : كتاب المكاسب لمرتضى الأنصاري ج٢ ص٢٤٩ ، وتذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٢٩ – ٣٣٠ ، ومنهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٤-٣٥ ، ورياض المسائل للطباطبائى قدة ج٥ ص١١٤ ، والمختصر النافع في فقه الامامية للحلي ص ١٤٥.

ومع أن الحنابلة قد أجازوا خيار النقد فى صورته الأولى ، فإنه لم يظهر لهم رأى
صريح فى هذه الصورة ، بل لهم رأى عام ذكروه بمناسبة الحديث عن خيار الــشرط ،
وقالوا فى الأصل لا يجوز الخيار إذا شُرط حيلة للانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه
فى مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فهذا يعد من الحيل،
وعلى ذلك لا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به خلال مدة الخيار ولا التصرف فيه[١] .

<u>القول الثاني للمانعين:</u> وهم المالكية ، والشافعية على الــصحيح مــن مــذهبهم ،
والظاهرية ، وهؤلاء نظروا إلى هذه الصورة بتلك النظرة التى نظروا بها إلى الــصورة
الأولى ، وقالوا : إن هذه الصورة من خيار النقد غير جائزة ؛ لأن الشرط الحاصل فيهــا
فاسد مفسد للعقد ، وهذا سيؤدي إلى الغرر والمخاطرة .

وقد جاءت أقوالهم دالة على منع هذه الصورة من ذلك ما ذكــره ابــن رشــد [٢]
(الحفيد) ؛ إذ قال : " وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا
يجوز عند مالك". وقد ذكر النووى [٣] صورتي خيار النقد ثم قال : "إن البيع باطل فــي
الصورتين". وذكر ابن جزى الكلبي[٤]هذه الصورة ضمن البيوع الفاسدة ، حيــث قــال :
"فإن قال البائع متى جئتك بالثمن رددت إليّ المبيع لم يجز" ، وقال فى موضع آخر : " إذا
وقع البيع الفاسد فسخ ورد البائع الثمن ورد المشترى السلعة إن كانت قائمة "[٥]

كما أن الظاهرية لم يجيزوا الصورتين معاً ؛ إذ منعهما ابن حزم الظاهرى ؛ لأنه
لا يعترف بالخيار الثابت بالشرط [٦] ، ولم أعثر للإباضية على قول محــدد فــى هــذه
المسألة، غير أنهم منعوا اشتراط النقد بصفة عامة ، ويبــدو أن هــذه الــصورة عنــدهم
؛كالأولى ،أما الزيدية فلم أعثر لهم على رأي محدد في الصورتين معا.

---

(١) راجع : الشرح الكبير لا بن قدامة ج٤ ص٧٨.
(٢) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص٢٦٤.
(٣) المجموع شرح المهذب ج٢ ص٢٣٠ ، راجع كذلك : العزيز شرح الــوجيز للرافعــى ج٤ ص١٩١ ،
وحلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي القفال ج٤ ص٢٨ .
(٤) القوانين الفقهية ص٢٥٨ ، ص٢٥٩
(٥) القوانين الفقهية، المرجع السابق ص٢٥٩ .
(٦) راجع : المحلى لابن حزم الظاهرى ج٧ ص٢٦٠.

المطلب الثاني
أدلة الفقهاء ومناقشتها والترجيح بينها

تم توزيع هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع ، الأول يدرس أدلة الفقهاء ، والثاني يبين مناقشة الأدلة ، أما الثالث فقد خصص للموازنة بين الأدلة والترجيح بينها :

الفرع الأول
أدلـــــة الفقهـــــاء

استدل كل فريق من الفقهاء بعدد من الأدلة التى يعزز بها وجهة نظره ، وسـيتم فيما يلى ذكر أدلة كل فريق على حدة حتى يتبين الراجح منها ، حيث سيتم ذكر أولاً أدلة المجيزين لخيار النقد فى صورتيه ، ثم أدلة المانعين له ، وذلك على النحو الآتى:

أولاً: أدلة المجيزين :

وقد نظر هؤلاء إلى هذا الخيار نظرة واقعية ، حيث استأنسوا بالآثار التي وردت عن السلف الصالح ، وأجازوه كذلك بناءً على الاستحسان لكونه فى معنى خيار الشرط ، ولكون الحاجة ماسة إليه كما هى كذلك فى خيار الشرط ، وعلى هذا الأساس سيتم ذكـر أدلتهم هنا مفصلة على النحو الآتى :

الدليل الأول : من الأثر :

استدل المجيزون بعدد من آثار السلف الصالح ، وجعلوها سندهم في إجازة هـذا الخيار ؛ فقد نقلوا لنا في كتبهم بعض الآثار التي استدلوا بها على جواز خيار النقد وهـى على النحو الآتي :

(١) ذكر بعض الفقهاء[1] أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أجاز هذا الخيار ، كما روي أن ابنهُ عبد الله رضي الله عنه قد باع ناقة بموجب هذا الخيار ، وذكر

---

(١) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ ، وقد ذكر أقوال المانعين لخيار النقد ثم قال : " ولنا أن هـذا يروى عن عمر رضي الله عنه" ، وقد أورد النووي رأى الشيرازي وذكر أن الأخير استدل بما روي عن عمر رضي الله عنه ، راجع : المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٣٠

الحافظ عبد الله بن أبي شيبة في مصنفه أن عمر رضي الله عنه، قال:المسلم عند شرطه[١] .

وقال الطحاوى [٢] – بعد أن ذكر رأي المخالفين– : " ولنا أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين" . وقيل أيضاً إن ابن عمر رضى الله عنه اشترى جاريته بخيار النقد ،وهو بذلك قد أجاز البيع بخيار النقد، ولم يرو عن أحد من نظرائه خلافه[٣] .

(٢)ما رواه عبد الرزاق الصنعاني[٤] في مصنفه عن ابن سيرين أنه قال : " اشترى رجل من رجل بيعاً فقال : إن جئتني بالنقد إلى يوم كذا وكذا و إلا فلا بيع بيني وبينك فجاءه من الغد ، فاختصما إلى شريح ، فقال شريح[٥] : أنت أخلفته".

---

(١) راجع : المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة، كتاب البيوع، باب من قال المسلمون عند شروطهم،ج٥ ص٢٣٧ .

(٢) حاشية الطحاوى على الدر المختار ج٣ ص٣١ ، راجع كذلك : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ج٢ ص٢٥ .

(٣) راجع : البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٥ . وجاء فيها : " نقل الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى بن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع ، ولم يرو عن أحد من نظرائه خلافه ". راجع كذلك : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٣.

(٤) راجع : المصنف لعبد الرزاق الصنعاني ، كتاب البيوع ، باب الاشتراء على الرضا ، وهل يكون خيار أكثر من ثلاث ، برقم ١٤٢٧٩ ج٨ ص٥٤، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٣.

(٥) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ، أبو أمية ، ويقال شريح بن شرحبيل ، كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، وقيل جاء شريح من اليمن إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاسلم وقال يارسول الله إن لي أهل باليمن فقال له جي بهم فجاء بهم إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، كان ثقة في الحديث مأمونا في القضاء ، وكان فقهيا نبيها شاعراً متمكناً صاحب مزاح ، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧هـ، مات بالكوفة سنة ثمان وسبعين للهجرة. راجع ترجمته في: تهذيب التهذيب لابن حجرج٤ ص٣٢٦-٣٢٨، وشذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ج١ ص٨٥ .

وقد أورد وكيع [١] هذا الأثر في أخبار القضاة ؛إذ قال : "عن محمد [٢] ، أن رجلاً باع من رجل بيعاً ، فقال إن لم أجيء يوم كذا وكذا فلا بيع بيني وبينك ، فلم يأته في ذلك الوقت وجاء بعد ذلك ، فخاصمه إلى شريح ؛ فقال : أنت أخلفته"[٣]

الدليل الثاني : الاستحسان.

قالوا إن خيار النقد جائز استحساناً ؛ لأنه فى معنى خيار الشرط وملحق به دلالة ، نظراً لوجود التعليق بشرط فى كل واحدٍ منهما ، وللحاجة الداعية لجوازهما.

أما التعليق ؛ فإنه علّق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام ، وفى البيع بشرط الخيار علّق انعقاده فى حق الحكم بشرط سقوط الخيار[٤] .

وأما الحاجة فهى متحققة فى هذا الخيار ، فلا شك فى أن لصاحب الخيار مصلحة ظاهرة فى اشتراط خيار نقد الثمن ؛ فالبائع يحتاج إلى التأمل والتروي في مسألة وصول الثمن إليه خلال مدة الخيار من عدمه ، كما يحتاج المشترى فى البيع بخيار الشرط إلى التأمل فى المبيع فى أنه هل يوافقه أم لا؟ [٥] وكذا المشترى فى البيع بخيار النقد يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على دفع الثمن أم لا ؟ [٦]

---

(١) هو محمد بن خلف بن حيان بن صدقة بن زياد أبو بكر القاضي المعروف بوكيع ، كان عالماً فاضلاً نبيلاً فصيحاً من أهل القرآن والفقه والنحو والسير ، وله مصنفات كثيرة منها كتاب الطريق ، وكتاب الرمي والنضال ، وغير ذلك ، وله شعر كشعر العلماء ، قيل إنه مات في سنة ست وثلاثمائة للهجرة ببغداد وكان يتقلد القضاء على كود الأهواز كلها .

(راجع ترجمته فى : تاريخ بغداد لابن الخطيب البغدادي ج٥ ص٢٣٦-٢٣٧، دار الكتب العلمية ،بيروت، ط١ ،١٤١٧هـ/١٩٩٧م ؛ ووفيات الأعيان لابن خلكان ج٢ ص١٠٧).

(٢) المقصود هنا محمد بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء ، تابعي ، ولد في سنة ثلاث وثلاثين للهجرة فى البصرة ، روى الحديث عن أنس بن مالك وعبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة ، كان إماماً في علوم الدين بالبصرة ومات بها سنة عشر ومائة للهجرة . (راجع ترجمته في : وشذرات الذهب لابن العماد ج١ ص١٣٨-١٣٩ ، وتاريخ بغداد للخطيب البغدادي ج٥ ص٣٣١-٣٣٦).

(٣) راجع أخبار القضاة لوكيع ج٢ ص٣٤٢ ، فصل البيع إلى يوم كذا ، عالم الكتب ، بيروت. د-ت

(٤) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٥ .

(٥) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ .

(٦) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٦٠.

ولهذه الأسباب مجتمعة قال المجيزون: إن هذا الخيار مست الحاجة إلى جوازه فى الجانبين (جانب المشترى، والبائع) ، فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار ، فورود الشرع بالجواز فى خيار الشرط يكون وروداً فى خيار النقد دلالة[1] .

وعلى هذا الأساس فالبيع المشمول بخيار النقد يعد نوعاً من أنواع البيوع الجائزة؛ لأنه بمعنى البيع بخيار الشرط ، وهما سيان فى المعنى متغيران فى الصورة إلا أنه فى خيار الشرط يحتاج إلى الفسخ ، أما فى خيار النقد فينفسخ العقد إذا لم يبادر المشترى صاحب الخيار بنقد الثمن خلال المدة المحددة [2] ، والمعنى أن البيع بخيار الشرط لا ينفسخ إلا إذا فسخ صاحب الخيار ، أما فى خيار النقد فالعقد ينفسخ بمضي المدة مع عدم النقد دون حاجة إلى رضا أو قضاء .

ثانياً : أدلة المانعين :

المانعون لخيار النقد عززوا سبب منعهم لهذا الخيار بدليلين أكدوا فيهما وجهة نظرهم القائلة بعدم جواز هذا الخيار ، وسأذكر دليليهما على النحو الآتى :

<u>الدليل الأول</u> : قالوا إن خيار النقد ليس بشرط خيار ، وإنما هو شرط فاسد مفسد للبيع [3] ؛ فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما [4] ومن قولهم هذا يتضح أن خيار النقد إذا اقترن بالعقد فسد العقد ، بسبب ما فى هذا الشرط من غرر وجهالة ومخاطرة [5] حسب وجهة نظرهم .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٦ ، والهداية للمرغيناني مع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص٣٥ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٤ ، والمغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ .

(٣) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٣٠ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٠ – ٤٦١ ، والمحلى لابن حزم الظاهرى ج٧ ص٥٤٧.

(٤) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٢٣٠ .

(٥) راجع : المدونة الكبرى للإمام مالك ج٣ ص٢٠٤ ، وجاء فيها "قلت أرأيت إن اشتريت عبداً على أنى إن لم أنقده إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، قال مالك : لا يعجبنى أن يعقد البيع على هذا .. قلت لم كرهه مالك ؟ قال لموضع الغرر والمخاطرة فى ذلك".

<u>الدليل الثاني</u> : قالوا إن البيع بشرط خيار النقد غير جائز ؛ لأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط ، وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام [١] ، والإقالة في الأصل لا تتعلق بالشرط ؛ لأن فيها معنى التمليك ؛ فلو قال أحدهم بعتك على أن أقيلك وتقبلها ، أو قال اشتريت منك على أن تقيلني لا يصح ذلك ؛ ولذا فالقياس عندهم عدم جواز البيع بخيار النقد ، ووجه القياس : إن هذا بيع علقت إقالته بشرط عدم نقد الثمن إلى ثلاثة أيام ، وهذا شرط فاسد ، وتعليق الإقالة بالشرط غير جائز، فكان هذا بيعاً دخله شرط فاسد ، فيكون فاسداً ؛ كسائر الأنواع التي دخلتها شروط فاسدة[٢] .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٣ ، والهداية للمرغيناني مع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص٣٥ ، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٥ – ٢٦٦ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٢٤-٢٥ .

(٢) راجع : بدائع الصنائع ج٧ ص٢٥ .

الفرع الثاني

مناقشـــة الأدلــــة:

سيتم أولاً مناقشة أدلة المجيزين، ثم مناقشة أدلة المانعين، وذلــك علـــى النحـــو الآتي :

١- مناقشة أدلة المجيزين:

على الرغم من أن المجيزين قد استندوا على العديد من الأدلة القوية ، كان مـــن أبرزها حاجة الناس إلى هذا الخيار ، وبعض الآثار التي وردت عن بعـــض الـــصحابة الذين أجازوا خيار النقد ، فإن أدلتهم لم تسلم من النقد الذى وجه إليها؛ إذ نوقشت ، وقيل إن هذا الخيار ليس فى معنى خيار الشرط ؛ لأن فى خيار الشرط لو سكت صاحب الخيار حتى مضت المدة تم العقد ، أما فى خيار النقد لو سكت المشترى إذا كان هـــو صـــاحب الخيار حتى مضت المدة بطل العقد ، وأجيب عن ذلك بأن النظر فى الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة ، وهى موجودة فيهما ، وأما الزائد على ذلك فغير معتد به (١) ؛ ولأن المعتبر فى الدلالة الاشتراك فى الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة (٢)، وعلى هذا الأساس فخيار النقد في معنى خيار الشرط من حيث الحاجة.

٢- مناقشة أدلة المانعين :

من الواضح أن المانعين لم يمنعوا هذا الخيار إلا لخوفهم ، وحرصهم على الناس، بهدف الابتعاد بهم عن الخطر والغرر ، ومع ذلك فقد نوقشت أدلتهم، وتم الرد عليهـــا ، فأما قولهم إن هذا الخيار فاسد مفسد للعقد ؛ فقد أجيب عن ذلك بأن خيار النقد يعد شرطاً صحيحاً غير مفسد للعقد ؛ لأنه فى معنى خيار الشرط لوجود التعليق بشرط فيهما ، حيث إن الحاجة ماسة لهما معاً (٣) ، وعلى هذا الأساس فخيار النقد يلحق بخيار الشرط دلالة لا قياساً ، والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى ،وفهم الملحق بمجرد فهم الأصل مع فهـــم

---

(١) راجع: البناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٦.

(٢) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص١٥-١٦.

(٣) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٥.

اللغة [١] ؛ ولذا فالمجيزون تركوا العمل بالقياس ، وأخذوا بالاستحسان عندما تبين لهم أن الأخذ بالاستحسان أولى من القياس والسبب الحاجة الماسة لهذا الخيار.

الفرع الثالث

موازنـــة وترجـــيح

بعد أن تم عرض آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد والمـــانعين لـــه ، وأدلـــتهم ومناقشتها تبين أن رأي المجيزين هو الراجح للأدلة القوية التـــي ذكروهـــا ، وللأســـباب الآتية :

(١) إن خيار النقد فى صورته الأولى ، وهو حين يكون الخيار للمشترى قد جـــاء بناء على شرط ، وهذا الشرط لم يحل حراماً ولم يحـــرم حـــلالاً ، كمـــا أن المتعاقدين قد تراضيا عليه بمحض إرادتيهما ، والرضا معتبر فى المعـــاملات المالية بين الناس ؛ لأن الشريعة الإسلامية تقيم وزناً كبيراً للرضـــا ،وتجعلـــه عمدة المعاملات بين الناس ، كما أن الغرر غير متحقق فى هذا الخيار ؛ لأن المتعاقدين قد حددا المدة ، وحددا صاحب الخيار ، وإن وجد الغرر فهو يسير ومغتفر؛ لأنه لا يؤدى إلى المشاحنة، والبغضاء[٢].

(٢) الحاجة ــ ولا شك ــ متحققة في هذا الخيار ؛ لأن البـــائع يريـــد تـــصريف بضاعته ، ويخشى أن يماطل المشترى فى دفع الثمن ؛ ولذا يشترط لنفسه هذا الشرط التحفظي لكي يحمي نفسه، وفي الوقت ذاته يدفع المشترى للسعي حثيثاً لتوفير الثمن فى المدة المتفق عليها.

على أن لهذا الشرط فوائد عديدة ، فهو يعمل على تنشيط حركـــة التجـــارة ، ويمنع ركودها بين الناس ، كما أنه يخدم المشترى الـــذى يخـــشى أن تـــضيع السلعة من بين يديه لعدم وجود المال ، فيضطر إلى التعاقد بناء علـــى هـــذا الشرط حتى يضمن السلعة ، ويفى بدفع الثمن عند وصول المال إليه فى زمن الخيار.

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢.

(٢) راجع : المبسوط السرخسى ج١٣ ص٤١.

(٣) إن تعارف الناس على هذا البيع يدل بشكل صريح على أنه لا يخالف قاعــدة من القواعد الشرعية المتعارف عليها ، وإلا لمنعه الفقهاء بالإجماع.

(٤) إن المعاملات التجارية المعاصرة يسودها نــوع مــن الســرعة والمجازفــة والمخاطرة ، وعدم الأمانة فى بعض الأحيان ، وهذا الخيار يحقــق لصــاحبه الأمان كضمان من الضمانات التى تدفع عنه الغبن الذى قد يتعرض له ؛ ولذا فلم أجد من المحدثين من أنكر هذا الخيار ، ولاسيما فى صــورته الأولــى ، وهذا يدل على أهمية هذا الخيار في معاملات الناس.

٥) إن صورة خيار النقد الثانية لا تقل أهمية عن صورته الأولى ؛ فهى تحقق كمــال الرضا للبائع الذى قد يبيع بضاعته مضطراً إلى جلب الفلوس ليدفع بهــا ضــرراً أعظم عن نفسه أو أهله ، فقد يبيع شيئاً عزيزاً على نفسه تحت ضغط الحاجــة ، ويشترط لنفسه الخيار لارتجاع المبيع فى مدة محددة ، فهنــا يــرد الــثمن إلــى المشترى ويتمكن بذلك أن يسترد مبيعه الذى باعه بشرط الخيار.

وهذا الشرط ليس فيه مانع من الموانع الشرعية فهو فى معنى اشتراط الخيار ويتم برضا الطرفين وقناعتهما،وهو لا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس كما قــال بعضهم[١] بل العكس هو الصحيح ؛لأن استقرار المعاملات بين الناس لا يكون الا عنــد كمال الرضا بين طرفي العقد، وخيار النقد في صورته الثانية يحقق ذلك وهذا هــو مــا تطمئن إليه النفس ، وهو ما تبين لي أنه الصواب، والله أعلى وأعلم.

([١]) راجع: الدكتور اشرف الخطيب في بحثه خيار النقد مرجع سابق ص١٧٢

المطلب الثالث

موقف القانون المدني اليمني من صورتي خيار النقد

بعد أن تم عرض آراء الفقهاء بشأن خيار النقد في صورتيه ، لم يبق سوى معرفة موقف القانون المدني اليمني من صورتي خيار النقد ، فبالنسبة للصورة الأولى يلاحظ أن المشرع اليمني قد أوجد نصاً شبيهاً لهذه الصورة ، وقد ورد ذلك في المادة (٥٥٥) وقد تقدم ذكرها [١] وفيها يكون الخيار للمشترى ، ويلاحظ أن المشرع قد ذكر هذه المادة ضمن المواد التي تندرج تحت عنوان ما يجب على المشتري من التزامات ، أي الالتزامات الملقاة على عاتق المشتري لكون نقد الثمن أحد الالتزامات الواجبة على المشتري ، وفي ذلك لم يكن المشرع اليمني موفقاً ، والصواب تعديل هذه المادة ووضع الاسم الصحيح لها (خيار النقد) ، وإدراجها ضمن الأحكام المتعلقة بالخيارات لكون الخيارات قد جاءت في فرع خاص بها .

أما بالنسبة للصورة الثانية فقد جاء ذكرها في المواد من(٥٧٧-٥٧٩) تحت مسمى بيع الوفاء ، حيث نصت المادة (٥٧٧) على أن "بيع الوفاء المعروف بالإقالة العرفية هو أن يشترط حال العقد أو بعده أنه إذا رد البائع للمشترى الثمن رد له المشترى المبيع وله حكم خيار الشرط وتكون فوائد المبيع للبائع في مدة الشرط".

وقد جاءت فقرات المادة (٥٧٨) شارحة لأحكام هذا البيع ، وبينت مضمونه ؛ إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه : "إذا كان شرط رد المبيع مقيداً بمدة معلومة كان العقد صحيحاً والمنافع للبائع في مدة الشرط وليس لأى من المتعاقدين أن يتصرف في المبيع إلا برضا الطرف الآخر وإذا تلف المبيع في يد المشترى في مدة الشرط بسبب لايد له فيه تلف على البائع.

ونصت الفقرة الثانية على أنه : "إذا كان شرط رد المبيع مطلقاً وغير مقيد بمدة معلومة ، واقترن بالعقد فهو من قبيل بيع الرجاء الباطل فيبطل العقد والشرط معاً ، أما إذا كان شرط الرد مجهول المدة لاحقاً للعقد صح البيع وبطل الشرط".

---

(١) راجع : ص ٢٦٥ من هذا البحث

؛من هاتين المادتين يمكن استخلاص جملة من الأمور الآتية :

- إن المشرع اليمنى من خلال الصورة التفصيلية التى أوردها فى المادة (٥٧٨) لبيع الوفاء وتسميته بالإقالة العرفية يقرر أن هذه الصورة التى أشـــار إليهـــا تطـــابق الصورة الثانية من خيار النقد، بل إنها هى نفسها بدليل أنه جعل لها حكم خيـــار الشرط ، وخيار الشرط لا يرتبط ببيع الوفاء ، بل يرتبط بخيار النقد كما تقدم.

ومع أن المشرع اليمنى قد أطلق فى المادة (٥٧٧) لفظ بيع الوفاء فإن هذا اللفـــظ لا يتفق مع بيع الوفاء كما قرره الفقهاء ؛ لأن بيع الوفاء الباطل يختلف عن الصورة التـــي ذكرها المشرع اليمنى فى أمور عدة، ومنها :

(١) إن المشرع قد اشترط أن يتم رد المبيع خلال مدة محددة باتفاق الطرفين ،وأن تكون المنافع للبائع فى مدة الخيار ، في حين أن بيع الوفاء (غير المـــشروع) ليس له مدة محددة ومعلومة .

(٢) إذا كان شرط رد المبيع غير مقيد بمدة فقد سماه المشرع بيع الرجاء ،وهـــذه تسمية مأخوذة عن الفقه الزيدي ؛ لأن الزيدية يطلقون على بيع الوفاء تـــسمية (بيع الرجاء) وهو باطل فى هذه الصورة ، وهذا يدل على أن المشرع اليمني لم يجز بيع الرجاء، أو بيع الوفاء المعروف عند الفقهاء بالبيع الفاسد .

وإنما أجاز صورة منه فقط بعد أن حدد لهـــا ضـــوابط، ومحـــددات شـــرعية ،وصارت هذه الصورة تعبر بحق عن مضمون خيار النقد فى صورته الثانية.

ويذلك فقد استأصل المشرع الفساد من بيع الوفاء ، وأدخله تحت مظلـــة خيـــار النقد بدليل إنه ذكر أن أحكام خيار الشرط تسرى عليه ، ولهذا كان يفترض أن يطلق على هذه المادة اسم خيار النقد في صورته الثانية (خيار ارتجاع المبيع) ؛ لأن خيار النقد هو لحمته وسداه .

(٣) في بيع الوفاء الباطل يكون كل من المشتري، والبائع مقتدراً على الفـــسخ ؛إذ يحق للبائع أن يسترد المبيع من المشتري ، ويحق كذلك للمشتري أن يطلـــب الثمن من البائع أما ما ورد في المادة (٥٧٧) فهو خيار ارتجاع المبيع للبائع فقط ؛ إذ يحق له أن يرد الثمن، ويرتجع المبيع خلال المـــدة المتفـــق عليهـــا للخيار، أما المشتري فلا خيار له، والعقد لازم في حقه.

(٤) إذا مضت مدة خيار النقد، ولم يستعمل البائع خياره ؛ فالخيار يسقط ، ويصير العقد لازماً للطرفين حيث يصبح المبيع مملوكا للمشتري ، وهذا ما ذكره المشرع اليمني في المادة (٥٧٨) ،وقد تقدم ذكر نصها ، وما ورد فيها يدل دلالة واضحة على أن المشرع قد أجاز الصورة الثانية لخيار النقد، وليس بيع الوفاء الباطل.

(٥) فوائد المبيع تكون في الأصل للمشتري في بيع الوفاء ، أما المشرع اليمني فقد ذكر أن الفوائد تكون للبائع خلال مدة الخيار ، وهذا دليل على أن ملكية المبيع تظل للبائع خلال مدة الخيار ؛ لان العقد غير لازم في حقه ، أما في بيع الوفاء ؛ فالعقد غير لازم في حق الطرفين ، كما أن المشرع قد أكد على بطلان العقد والشرط إذا اتفق الطرفان على أن الفوائد للمشتري[١] .

(٦) أكد المشرع في ختام المادة (٥٧٧) على أن هذا البيع يأخذ حكم خيار الشرط ، وهذه إشارة واضحة إلى أن خيار النقد في صورته الثانية في معنى خيار الشرط من حيث الحاجة الماسة اليهما ؛ لأن التروي سمة مشتركة للخيارين .

ومما سلف يتضح إجمالاً أن المشرع اليمنى قد سلك مسلك الفقهاء المجيزين لخيار النقد فى صورتيه ، فقد اتضح أن المشرع اليمنى قد أورد مضمون الصورتين في ثنايا القانون المدني اليمني ، مع أنه لم يذكر اسم هذا الخيار البتّة ، ولم يبين أحكامه كما وردت عند الفقهاء المجيزين له، وخاصة الصورة الأولى ، أما الصورة الثانية فقد بين المشرع مضمونها ، وأطلق عليها تسمية لا تتناسب مع جوهرها ، ومع ذلك يبدو لي أن ما ورد في المادة (٥٧٧) يعبر بحق عن جوهر خيار النقد في صورته الثانية كما تقدم ؛ لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني .

وعلى ذلك يمكن القول إن مضمون خيار نقد الثمن، وارتجاع المبيع قد ورد في القانون المدني اليمني ، ولاسيما في المواد (٥٥٥ و٥٧٧ و٥٧٨) ، ولكن هذه المواد مازالت قاصرة ؛ لأنها لا تشتمل على كل أحكام خيار النقد كما وردت عند الفقهاء

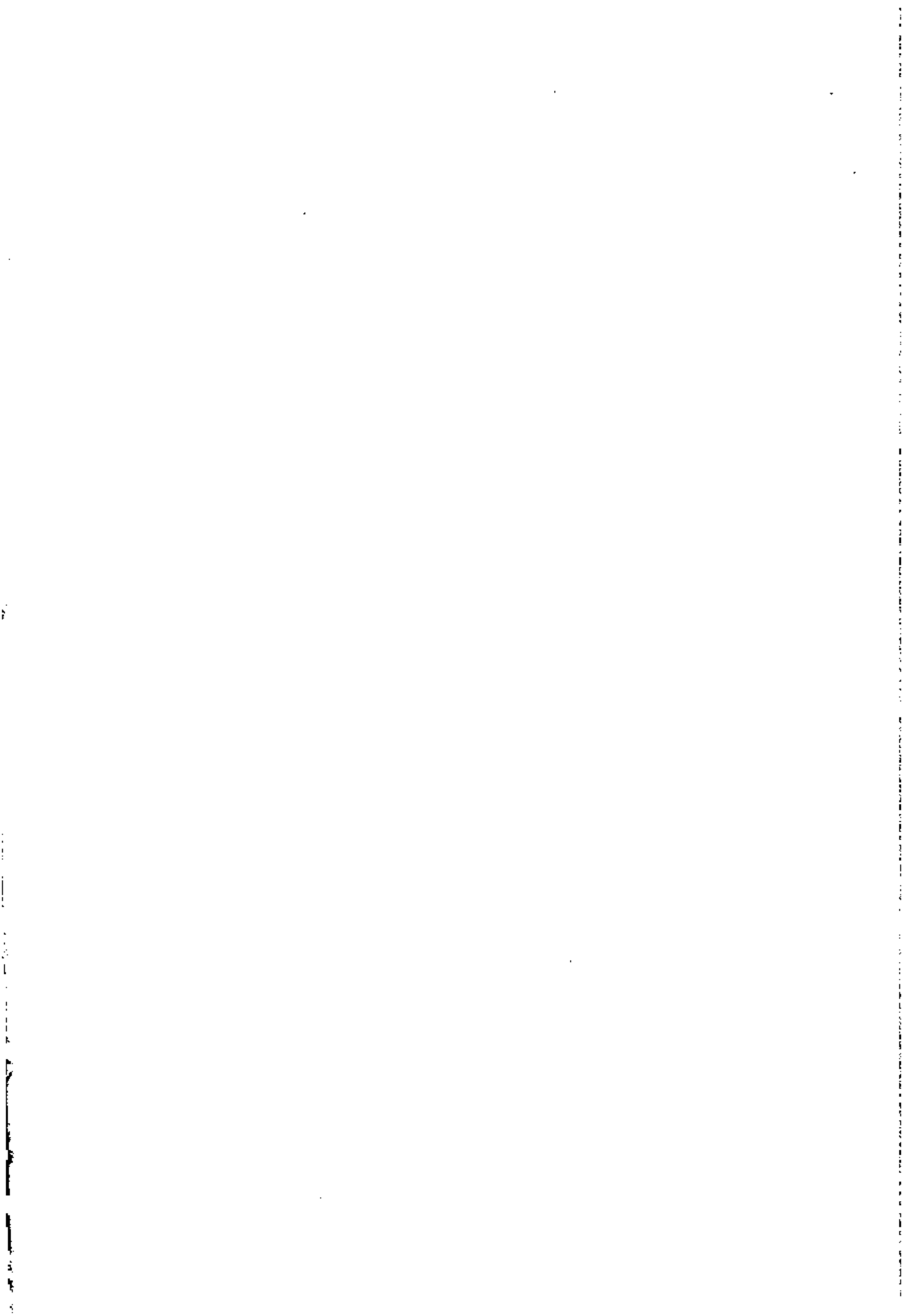
---

(١) راجع المادة ٥٧٨ من القانون المدني اليمني وقد نصت في فقرتها الرابعة على أنه "إذا اقترن بشرط الغلة للمشتري في مدة الشرط بطل العقد والشرط معا" .

المجيزين لهذا الخيار؛ ولذا فهي بحاجة إلى مراجعة ،وتعديل كي تتسق أحكامها مع آراء الفقهاء القائلين بجواز هذا الخيار، وهذا الأمر مهم لما لهذا الخيار من أهمية كبيرة فـــي مجال المعاملات التجارية .

الفصل الثانـي

صاحب خيار النـقد ومجاله وشروطه



الفصل الثاني

صاحب خيار النقد ومجاله وشروطه

لا يقوم خيار النقد إلا إذا كان له صاحب يمارسه ، ومجال سيري فيه، وشروط محددة يجب توافرها لصحته، وقد خُصص هذا الفصل لبيان صاحب خيار النقد ، ومجاله من حيث العقود التي تقبله، مع دراسة الشروط اللازمة لصحته ، وذلك عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وفي القانون المدني اليمني ، وتفصيلاً لذلك تم توزيع هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول : صاحب خيار النقد ومجاله.

المبحث الثاني: شروط خيار النقد

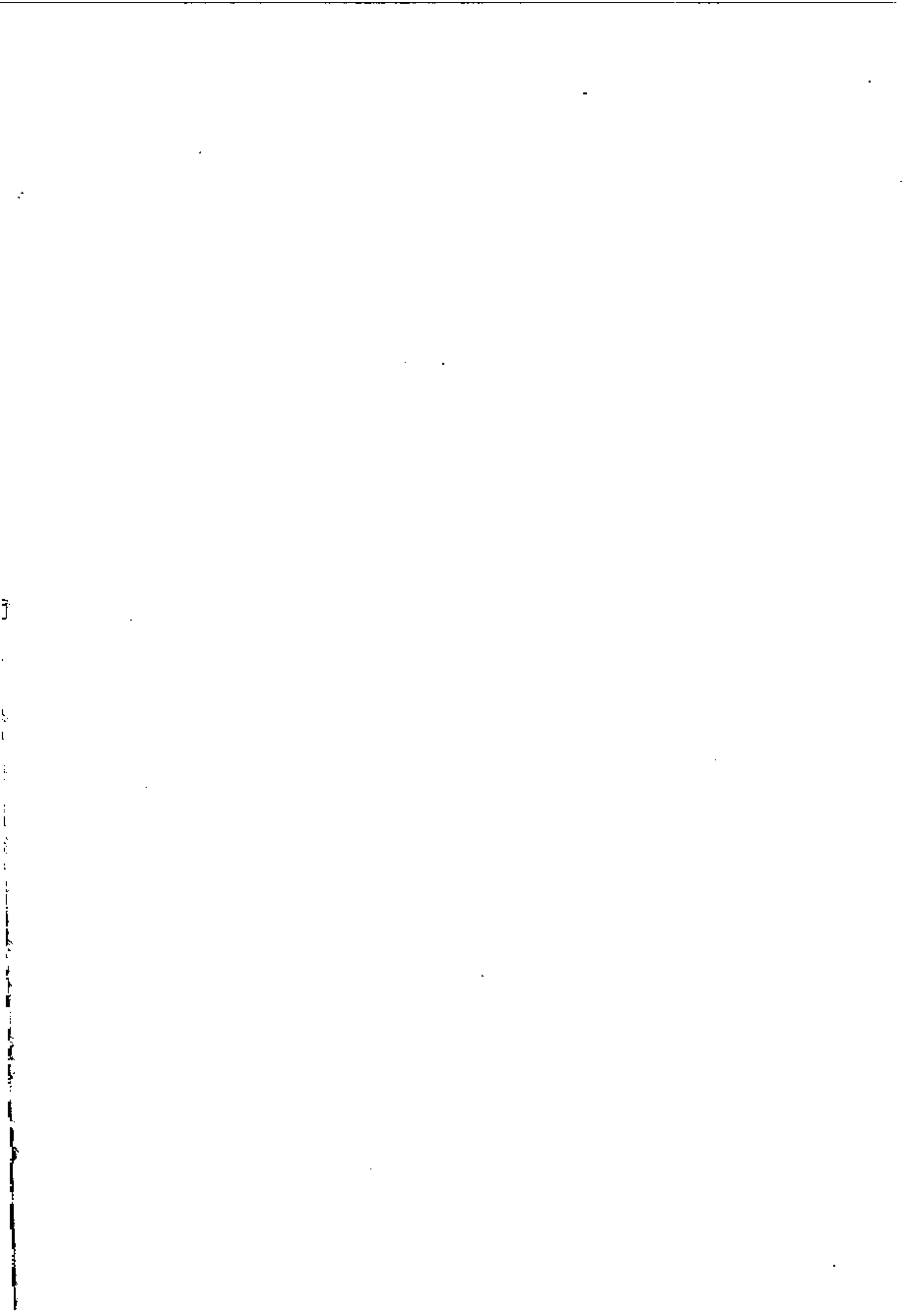


المبحث الأول
صاحب خيار النقد، ومجاله

يشتمل هذا المبحث على مطلبين ، خُصص الأول لبيان صاحب خيار النقد، ومجاله عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وخُصص الثاني لتحديد صاحب الخيار، ومجاله في القانون المدني اليمني، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : صاحب خيار النقد، ومجاله عند الفقهاء المجيزين له

المطلب الثاني : صاحب خيار النقد، ومجاله في القانون المدني اليمني



المطلب الأول

صاحب خيار النقد ومجاله عند الفقهاء المجيزين له

يشتمل هذا المطلب على فرعين ، الأول يدرس صاحب الخيـار ، والثـاني يبـين مجاله، أي العقود التي تقبل خيار النقد :

الفرع الأول

صـاحب خـيار النقـد

ليس خيار النقد إلا سلطة ممنوحة لمن له الخيار ، يحق له بموجبهـا أن يمـضى العقد أو يفسخه ، وهذه السلطة قد تكون للمشترى ، وهو الأمر الغالب فى خيار النقـد ، وقد تكون للبائع أو للأجنبى ، وكل هذه الأمور هى محل دراسة هذا الفرع علـى النحـو الآتي:

أولاً : اشتراط الخيار للمشترى :

يظهر من أقوال الفقهاء المجيزين لهذا الخيار أنهم قد أجازوه للمشترى ؛ إذ وردت عباراتهم دالة على ذلك(١)، فهم يذكرون فى الغالب أن البائع يقول للمشترى : بعتك هـذه السلعة بثمن كذا على أنك إن لم تنقدنى ثمنها إلى مدة كذا فلا بيع بيننا ، ويوافق المشترى على ذلك ، ويتم العقد المقترن بخيار النقد ، وهنا يكون الخيار للمشترى، ومن حقـه أن يمضى العقد أو يفسخه ، فإذا نقد الثمن تم العقد ولزم ، أما إذا تخلف عن نقد الثمن وفاتت المدة سقط خياره وانفسخ العقد .

والمتأمل فى هذه الصورة يلاحظ للوهلة الأولى أن الخيار يثبت للمشترى ، بـدليل أن البائع حين اشترط عليه النقد خلال مدة معلومة قد خيره بين إمضاء العقد أو فـسخه ، فإن نقد الثمن تم العقد من وقت إبرامه ، وإن لم ينقد الثمن انفسخ العقد بناءً على الـشرط المذكور سلفاً .

---

(١) راجع : كتاب الأصل لمحمد الشيبانى ج١ ص١٣١ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخـرين ج٣ ص٣٩ ، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٦٣ ، والمغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ .

ومع أن المشترى هو صاحب الخيار هنا فإن البائع ينتفع من شرط الخيار لكونـــه يدرأ به عن نفسه شبح المماطلة فى دفع ثمن المبيع[١] ، فقد يماطل المشترى فى دفع الثمن لسبب أو لآخر ، كما أنه يضع المشترى بالاختيار إما دفع الثمن فى خلال المدة المتفــق عليها ، أو فسخ البيع ورد المبيع ، والبائع عند اشتراطه ذلك يضع فى حسبانه أن بضاعته من الممكن أن تباع أو ترد عليه.

والانتفاع بهذا الخيار ليس مقصوراً على البائع فحسب ، بل الملاحظ أن المـــشترى ينتفع بهذا الخيار كذلك ؛ لأن مجرد موافقته على الشرط المبرم مع البـــائع فيـــه منفعـــة ظاهرة له ؛ ولولا المنفعة لما أبرم هذا الشرط فى الأساس ، فقد يحتاج خلال مدة الخيار إلى التروى والتبصر لمعرفة مدى حاجته إلى هذه السلعة أو لاستشارة غيره فـــى نفعهـــا وصلاحيتها له ، وإذا تيسرت له الأمور واطمأن قلبه لها سعى جاهداً فى البحث عن ثمنها ليسدده إلى مالكها .

وأما إذا تعثر فى ذلك فمازالت الفرصة أمامه ، حيث يستطيع أن يردها إلى مالكها دون أن يخسر ، وقد لا يتوافر لديه ثمن المبيع ، ومع ذلك يرغب فى شرائه ، فهنا ينتفع بالخيار ؛ لأنه يمنحه فرصة البحث عن ثمن المبيع ، وعلى هذا الأساس ، فإن الفائـــدة لا تعود على البائع دون المشترى ، بل تشملهما معاً[٢].

ومن الجدير بالذكر أن مؤلفات الفقهاء تذكر أن مشترط الخيار هو البائع لاسيما إذا كان الخيار للمشترى ، ولكن هذا لا يعنى أن المشترى لا يجوز له أن يشترط لنفسه الخيار بل يجوز له ذلك؛ لأن خيار النقد هو واحد من الخيارات الإرادية التى تنشأ بنـــاءً علـــى شرط متفق عليه من الطرفين يضعانه معاً بالإرادة المشتركة لهما.

وعلى هذا الأساس فمن المتصور أن المشترى ليس لديه الثمن وقد وجد أن هـــذه السيارة أو هذه السلعة تناسبه أو يحتاج إليها ، ويخشى إن تركها أن يبيعها مالكها فيبـــادر ويتقدم إلى مالكها قائلاً : "اشتريت منك هذه السيارة بكذا على أن أنقدك ثمنها فى خـــلال شهر فإن لم أنقدك فى هذه المدة فلا بيع بيننا" فإذا وافق البائع على هذا الشرط ، أصـــبح الخيار للمشترى مع أنه هو مشترط الخيار هنا فهو الذى اشترط الخيار لنفسه ، وبذلك فإن

---

(١) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٧ ، وشرح فتح القدير لابـــن الهمـــام ج٥ ص٥٠٢.

(٢) راجع: خيار النقد فى الفقه الإسلامي للدكتور/ أشرف الخطيب، مرجع سابق ص١٧٥ .

شرط خيار النقد قد يصدر من البائع أو من المشترى وليس هناك تفرقة فى هذه المسألة ، والمهم فى الأمر أن تلتقى الإرادة المشتركة للطرفين على هذا الشرط .

ثانياً :اشتراط الخيار للبائع :

خيار البائع يكون عندما يقوم المشترى بنقد ثمن المبيع إلى البائع على أن البائع إن رد له الثمن فى مدة كذا فلا بيع بينهما [١] ، وفى هذه الحالة المتمكن من الفسخ أو الإمضاء هو البائع ؛ لأن المشترى قد جعل الخيار له ، وفوضه فى الأمر .

وعلى هذا الأساس فمن حق البائع أن يرد الثمن إلى المشترى خلال مدة خيار النقد ، ويجب على المشترى أن يرد المبيع ، كله دون زيادة أو نقصان ، ومن حق البائع عدم رد الثمن ، وعندئذ يصير العقد باتاً ،ولازماً للطرفين ، فيصبح الثمن مملوكاً للبائع ، والمبيع للمشترى ، كما أن البائع إذا تقاعس وفاتت المدة المشروطة للرد سقط خياره ؛ وصار العقد لازماً ، وخيار البائع أجازه بعض الفقهاء ، ورفضه الآخرون كما مر بنا فى الصورة الثانية لخيار النقد .

على أن هناك من الفقهاء[٢] من رأى أن المنتفع من هذا الشرط هو المشترى ، مع أن الخيار للبائع لكونه المتمكن من الفسخ، أو الإجازة ، وهنا أقرر ما قلته سلفاً بصدد خيار المشترى بأن المنتفع بهذا الشرط ليس المشترى فحسب، بل البائع يستفيد كذلك ؛ لأنه المتمكن من إمضاء العقد بعدم رد الثمن إلى المشتري إذا رأى عدم الجدوى من استرداد المبيع، ويستطيع كذلك فسخ العقد برد الثمن إلى المشترى خلال المدة المضروبة للخيار إذا ظهر له بعد التأمل، والتروي أنه بحاجه إلى المبيع ؛ ولذلك فمن حقه أن يرد الثمن إلى المشترى، ويسترد المبيع.

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز للمشتري أن يشترط الخيار للبائع ؛ كأن يقول المشتري للبائع اشتريت منك هذا بكذا على أن تسلمني المبيع خلال ثلاثة أيام فإن لم تفعل فلي الفسخ ؛ فالخيار هنا للبائع ، وهذا ما ذكره بعض الفقهاء صراحة[٣] .

---

(١) راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٧ ص١١٧ .
(٢) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٧
(٣) راجع: كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص١٩٦

ثالثاً : اشتراط الخيار للمتعاقدين معاً :

لم يتحدث الفقهاء المجيزون لخيار النقد عن جواز هذا الخيار للعاقدين معاً (البائع والمشترى) فى آن واحد ، وهذا عكس خيار الشرط[١] ، حيث إن المجيزين لخيار الشرط قد أجازوا الخيار للعاقدين معاً ، ولكن فى خيار النقد لم يتعرضوا لهذه المسألة ، ومن ثم فإن خيار النقد غير جائز للعاقدين فى آن واحد .

وعلى ذلك فإذا تم العقد المقترن بخيار النقد فلا يجوز أن يكون فيه الخيار للبـــائع وللمشترى فى الوقت نفسه ، وإنما يمكن أن يكون الخيار للبـــائع وحـــده ، أو للمـــشترى وحده؛ إذ لا يتصور أن يكون هذا الخيار للطرفين معاً ؛ لأن ذلك ينافي الحكمة من خيار النقد، ويؤدي إلى النزاع، والمشاحنة بين المتعاقدين ، وعلى ذلك فلا يكون خيار النقد إلا لواحد من الطرفين؛ لأن الخيار في الصورة الأولى لا يصلح أن يكون إلا للمشتري فقط ؛ لكون هذا الخيار مرتبط بنقد الثمن ، ومن ثم فإن المشتري وحده هو المطالب بنقد الثمن ، وفي الصورة الثانية لا يتصور قيام الخيار للبائع والمشتري معاً ؛ لأن هذا يدخل في إطار بيع الوفاء المحرم ؛ ولذا فالخيار في هذه الصورة يختص بالبائع فقط ؛ لكونه المستفيد من شرط الخيار في الدرجة الأولى .

رابعاً : اشتراط الخيار للأجنبي :

لم تتفق كلمة الفقهاء المجيزين لخيار النقد حول مسألة ثبوت الخيـــار للأجنبـــي ، حيث انقسمت آراؤهم في هذه المسألة على قولين :

<u>القول الأول</u> : وهو لغالبية المجيزين لخيار النقد[٢]، وهـــم الأحنـــاف، وجمهـــور الحنابلة، والإمامية ، حيث قالوا بجواز خيار النقد للأجنبي ، وجاء حديثهم بـــصدد خيـــار الشرط ، ولما كان خيار النقد عندهم فى معنى خيار الشرط وملحق به ، فـــإن اســـتدلالي سيكون هنا بما قالوه عن خيار الشرط ؛ فالأحناف أجازوا اشتراط الخيار للأجنبي ،وقالوا إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار لإنسان من أهله، أو غيرهم فهو جائز بمنزلة اشـــتراطه

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٠٠ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٤ ، وجواهر الكلام للنجفى ج٢٣ ص٣٥ .

(٢) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٠، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٤، وجـــواهر الكـــلام للنجفي ج٢٣ ص٣٥ .

لنفسه[١]، وأجاز الحنابلة والإمامية خيار الشرط لغير العاقدين، حيث قالوا إن اشتراط الخيار للأجنبي صحيح، ويعد هذا توكيلاً للأجنبي ، وعلى هذا يجوز للأجنبي أن يباشر الخيار وكيلاً عن صاحب الخيار سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع[٢].

القول الثاني : وهو لزفر من الأحناف، ويرى أنه لا يجوز اشتراط الخيار للأجنبي ؛ لأن اشتراط الخيار قد ثبت للعاقد ، أما الأجنبي فلم يثبت له ذلك ، ومن ثم فإن اشتراط الخيار للأجنبي يخالف ما يقتضيه العقد ، ويؤدي إلى فساد العقد ، وقد ذهب إلى هذا الرأي القاضي من الحنابلة ، وقال إنه لا يجوز اشتراط الخيار للأجنبـى ، إذا قال صاحب الخيار قد جعلت الخيار للأجنبى دونى ، أو أطلق الخيار لفلان من الناس ، لأن الخيار جعل لتحصيل الحظ للمتعاقدين بنظرهما فلا يكون لمن لا حظ له أما إذا جعل الأجنبي وكيلاً فيه صح[٣] .

ومما سلف يبدو أن الخلاف بين الفقهاء حول اشتراط الخيار للأجنبـى ليس كبيراً؛ إذ أن رأى الأغلبية هو الصواب ؛ لأن المتعاقد قد يحتاج إلى الأجنبى لخبرته أو لمساعدته فى الاختيار ، ويتمكن المتعاقد من دفع الغبن عن نفسه، وخيار الأجنبي مستمد فى الأصل من العاقد ، ولهذا فاشتراط الخيار للأجنبى فيه فائدة كبيرة تعود فى الأساس على المتعاقد الأصيل ؛ إذ يتمكن بمعونة الأجنبى أن يختار ما تطمئن إليه نفسه والأصلح له ، ولذلك فان الحاجة إلى الأجنبي متحققة في جانب المتعاقدين على حد سواء .

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤٧ ، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٠٠ ، والبناية فى شرح الهداية للعيني ج٥ ص٢٥٨ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٣٨ .

(٢) راجع : الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٥ ، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٤ .

(٣) راجع : البناية في شرح الهداية للعيني ج٥ ص٢٥٨ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٣٨ ، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٥ .

الفرع الثانى

مجال خيار النقد (العقود التى يدخلها)

من المعلوم أن خيار النقد هو واحد من الخيارات الإرادية التى تثبت بسبب الشرط مثله مثل خيار الشرط ، وعند دخوله على العقد اللازم يفقده اللزوم ، ويصير العقد غير لازم خلال مدة الخيار بالنسبة لمن له الخيار.

وعلى هذا الأساس فإن هذا الخيار لا يدخل إلا على العقود اللازمة القابلة للفسخ ، وقد مضى سابقاً ذكر تقسيمات العقود ، وتم ذكر اللازم، وغير اللازم منها ، وذكرت آراء الفقهاء بصدد العقود التى يدخلها الشرط ، وسأكتفي هنا بذكر آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد فقط (الأحناف والحنابلة والإمامية) وبصورة موجزة ، وأما رأى الشافعية، والمالكية ،وبقية المذاهب فلن يتم التطرق إليه لعدم إجازتهم خيار النقد.

وبناء على ذلك فقد ذكر الأحناف [١] أن خيار النقد يدخل فى كل عقد لازم يحتمل الفسخ ، ولم يكتفوا بهذا التعميم ، بل ذكروا كثيراً من العقود التى يدخلها هذا الخيار ؛ كالبيع والإجارة، والإبراء، والرهن، والعتق ،وترك الشفعة ،والكفالة، والصلح على مال، والقسمة والحوالة، والمساقاة، والمزارعة ، ورأيهم هنا يتفق مع ما تم ذكره بمناسبة الحديث عن العقود التى يدخلها خيار الشرط.

وقد ذكر الحنابلة العقود التى يدخلها خيار الشرط وهى نفسها التى يدخلها خيار النقد وقالوا إنها العقود التى لا يشترط فيها القبض فى المجلس ؛ كالبيع والإجارة ونحوهما، أما العقود التي يشترط فيها القبض في المجلس كالسّلم والصرف فلا يدخلها خيار النقد ، والخلاصة أنهم خالفوا الأحناف فى بعض العقوَد ، حيث إن الحنابلة لا يجيزون خيار النقد فى المساقاة والمزارعة والحوالة [٢] وقد تقدم تفصيل ذلك عند الحديث عن العقود التى يدخلها خيار الشرط .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٧.

(٢) راجع : الإنصاف للمرداوى ج٤ ص٣٧٤-٣٧٥ ، والمغنى لابن قدامة ج٤ ص١٣١-١٣٣ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٣ .

والشيعة الإمامية قالوا : إن هذا الخيار يدخل فى جميع أقسام البيــوع مــا عــدا الصرف ومطلق الإجارة والمزارعة ، ويدخل في العقود اللازمة ما عدا النكاح ولا يدخل في الوقف ؛ لأنه فك ملك بغير عوض[١]

ومما سبق يبدو أنه ليس ثمة خلاف كبير بين الفقهاء المجيزين لخيار النقد حــول العقود التى يدخلها هذا الخيار؛ إذ أجمعوا على دخوله فى عقد البيع أو ما فى حكمه ، وقد وسع بعضهم دائرة هذه العقود ، وبعضهم لم يفعل ذلك ، ورأي الموسعين هو الراجح ؛ لأن الناس قد يحتاجون إلى كثير من العقود فى معاملاتهم المالية ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) راجع :منهاج الصالحين للخوئي ج٣ ص٣٤ ، وكتاب المكاسب لمرتضى الأنصاري ج٢ ص٢٥٩ .

المطلب الثاني
صاحب خيار النقد، ومجاله في القانون المدني اليمني

يشتمل هذا المطلب على فرعين خصص الأول لتحديد صاحب خيار النقـد فـي القانون المدني اليمني ، وخصص الثاني لبيان مجال خيار النقد (العقود التي يدخلها) فـي القانون اليمني، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول
صاحب خيار النقد في القانون المدني اليمنى

سيتم فيما يلي ذكر الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة خيار النقد في القانون المدني اليمني ، وذلك على النحو الآتي :

أولا : اشتراط خيار النقد للمشترى :

على الرغم من أن القانون المدني اليمني لم ينص صراحة على الأحكام المتعلقة بخيار النقد كما فعل في خيار الشرط ، إلا أنه يمكن استنباط بعض الأحكـام القانونيـة المتشابهة إلى حد ما مع ما قرره الفقهاء بصدد خيار النقد .

وعلى هذا الأساس يمكن القول إن القانون المدنى اليمنى ، قد أجاز مسألة اشتراط خيار النقد للمشترى ، وهذا الأمر ورد في ثنايا المادة (٥٥٥) التي نصت على أنه : "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحـل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب أن يفسخ البيع ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك ".

ومن نص هذه المادة يمكن استخلاص الأمور الآتية :

أولاً : إن المشرع اليمنى قد افترض وجود اتفاق بين المتبايعين على اشتراط أداء الثمن، وتسليم المبيع في وقت معين ، ويعني ذلك أن هناك شرطاً اقترن بالعقد ، وحـدد

فيه ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع[١] ، وعلى هذا الأساس فالعقد في هذه الحالـــة غير نافذ بسبب وجود هذا الشرط ، فإذا لم يتحقق الشرط زال العقـــد [٢] ؛ كـــأن تفوت المدة دون أن ينقد المشترى الثمن فهنا يزول العقد بسبب تخلف الشرط ، أما إذا تحقق الشرط، ونقد المشترى الثمن فالعقد عندئذ يصبح ملزما للطـــرفين ، ولا يجوز الرجوع فيه أو نقضه .

وبذلك يتضح أن خيار النقد قد نشأ بناء على شرط تم الاتفاق عليه مـــن قبـــل الطرفين ، وبموجب هذا الشرط ينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى قضاء أو رضا إذا لم يبادر المشتري بدفع الثمن في خلال المدة المحددة للخيار التي تـــم الاتفاق عليها برضا الطرفين .

ثانياً: إن القانون قد افترض أن هناك اتفاقاً بين الطرفين على تحديد صاحب الخيـــار ؛ ووفقاً لهذا الاتفاق فالمشترى هو صاحب الخيار؛ لكونه المتمكن من إمضاء العقد بنقد الثمن خلال المدة المتفق عليها، أو فسخ العقد عند عدم نقد الثمن خلال تلـــك المدة، وقد جعل المشرع اليمني العقد مفسوخاً بقوة القانون دون إعذار، أو إنـــذار المشترى إذا لم يدفع الثمن في المدة المتفق عليها فإذا تأخر المشترى، أو تقـــاعس عن دفع الثمن عند حلول الميعاد كان للبائع أن يعد العقد مفسوخاً دون حاجة إلـــى حكم قضائى ، أما إذا تأخر البائع عن تسليم المبيع فليس للمشترى أن يعتبر العقـــد مفسوخاً بناءً على هذا النص.

وقد ذكر شراح القانون[٣] أن هذا النص استثنائى ؛ لأنه حكم خاص بفسخ البيع في المنقول، وهو مزية أعطيت للبائع لدفع الضرر الذى قد يلحق به بسبب مماطلة المشترى

---

(١) ورد تعريف الثمن في المادة (٥٠٢) التي نصت على أن : "الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان ســـواء زاد على قيمة المبيع أو نقص عنها". وهذا التعريف يتفق مع ما ورد عند الفقهاء ، ولاسيما الأحنـــاف: راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٢٢ .

(٢) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى اليمنى ، الكتاب الثالث ص٢٥٥ .

(٣) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى اليمنى للدكتور/ عبد الرازق السنهورى ج٤ ص٧٣٧ ، وعقد البيع والمقايضة للدكتور/ توفيق حسن فرج ص٧٣٧ ،المكتب المصري للطباعة والنـــشر ،الإســـكندرية ،١٩٧٠م ، وشرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل ، مرجـــع ســـابق

فى دفع الثمن ؛ لأن القانون قد افترض أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع فى مقابل قبض الثمن ، وقد اتفق مع المشترى على ميعاد لذلك ، وما دام قد تم الاتفاق على تحديد الميعاد فوجب على المشترى أن ينقد الثمن فى الموعد المحدد وإلا سقط حقه فى الخيار.

وبذلك يظهر من نص هذه المادة ، ومن أقوال شراح القانون أن البائع ينتفع مـــن شرط الخيار مع أن الخيار للمشتري ، وهذه المسالة ذكرها الفقهاء المجيزون لخيار النقد ، ولكن شراح القانون يرون أن الفائدة المرجوة من هذا الخيار تنحصر في بـــائع المنقـــول فقط، وهذه تفرقة غير موجودة عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار؛ لأنهم يرون أن الفائـــدة تعم بائع المنقول، وبائع العقار على حد سواء ،كما أن الفائدة في جانب المشتري متحققـــة للأسباب التي تقدم ذكرها .

وبالموازنة بين ما ورد فى نص المادة المذكورة سلفاً ، ومـــا ورد عنـــد فقهـــاء المسلمين المجيزين لخيار النقد ، يتضح أن القانون اليمنى قـــد أجـــاز اشـــتراط الخيـــار للمشترى، وهذا يتفق مع ما قرره الفقهاء فيما يخص الصورة الأولى من صور خيار النقد والتى يكون فيها الخيار للمشترى.

<u>ثانياً :اشتراط الخيار للبائع :</u>

لم يتعرض المشرع اليمنى إلى ذكر اشتراط الخيار للبائع فـــى المـــادة (٥٥٥) ؛ ولكنه ذكر ذلك فى المادة (٥٧٧) من القانون المدنى اليمنى، والتي نصت على أن "بيـــع الوفاء المعروف بالإقالة العرفية هو أن يشترط حال العقد أو بعـــده أنـــه إذا رد البـــائع للمشترى الثمن رد له المشترى المبيع وله حكم خيار الشرط".

ويتضح من نص هذه المادة أن العاقدين قد اتفقا على جعل شرط خيـــار ارتجـــاع المبيع للبائع وحده؛ إذ يحق للبائع بموجب هذا الشرط أن يرد الثمن إلى المشترى، ويسترد المبيع، وله كذلك أن يمضى البيع، ولا يرد الثمن ؛ لأن الخيار له فقط ، وحكم هذه المادة يتفق مع ما قرره الفقهاء المجيزون للصورة الثانية من خيار النقد ، وهم الأحناف، ومـــن سلك مسلكهم .

= ص٣١٤ ، وعقد البيع للـــدكتور/ عبـــد العزيـــز عـــامر ص٣٣٤ ، دار النهـــضة العربيـــة ، القـــاهرة ١٣٨٧هـــ/١٩٦٧م .

<u>ثالثاً : اشتراط خيار النقد للعاقدين معا :</u>

لم يتعرض المشرع اليمنى إلى مسألة اشتراط الخيار للمتعاقدين معاً فى آن واحد ، وفى ذلك فإن موقفه لا يختلف عن موقف الفقهاء المجيزين لخيار النقد ؛لأنهم لم يذكروا خيار النقد للعاقدين معاً، وإنما ذكروا أن الخيار يكون للمشتري وحده، أو للبائع وحدة .

<u>رابعاً :اشتراط خيار النقد للأجنبى :</u>

لم يبين المشرع اليمنى مسألة اشتراط الخيار للأجنبي في المادة (٥٥٥) ، ولكن مع ذلك يلاحظ أن المشرع اليمنى قد أشار في المادة (٥٧٧) إلى أن خيار النقد فى صورته الثانية يأخذ حكم خيار الشرط ، وما دام الأمر كذلك ، فيجوز اشتراط خيار النقد للأجنبي ، وفقاً لنص المادة (٢٣٦) ، والتى أجازت للمتعاقدين أن يشترطا خيار الشرط للأجنبى ، وبينت الأحكام المتعلقة بالأجنبى ، وقد تم التعرض لها فى الباب الأول بمناسبة الحديث عن أحكام خيار الشرط فى القانون اليمنى، وعلى ذلك يجوز لصاحب خيار النقد أن يشترط الخيار لغيره من الناس ممن يحتاج إليهم لمساعدته على الاختيار.

<u>خامساً:موازنة بين موقف القانون اليمني وآراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد:</u>

مما سلف يتبين أن المشرع اليمني قد أجاز الخيار للمشتري ، وهذا ما ظهر من خلال نص المادة (٥٥٥) ، كما أجاز الخيار للبائع، وهذا ما أفصحت عنه المادة(٥٧٧)، ولم يجز الخيار للطرفين معا، أما الخيار للأجنبي فلم يذكره المشرع في المادة(٥٥٥) ، وإنما أجازه في المادة (٥٧٧) ، وهي التي عبرت بحق عن مضمون خيار النقد في صورته الثانية ، وبذلك يتضح أن موقف القانون المدني اليمني لا يختلف كثيراً عن آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد ، و إن كان القانون المدني اليمني لم ينظم هذا الخيار بالصورة التفصيلية التي ذكرها الفقهاء، وهذا ماتم الإشارة إليه سلفا .

الفرع الثاني

مجال خيار النقد في القانون المدني اليمنى (العقود التي يدخلها) :

حدد المشرع اليمنى العقود التي يدخلها خيار الشرط بصفة عامة ، وهى العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ ؛ كعقد البيع، وغيره من العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ ، وقد تم ذكر هذه العقود بإسهاب عند الحديث عن خيار الشرط[1] ،وهذه العقود تقبل خيار النقد، وفقا لمقتضى المادة (٥٧٧) سالفة الذكر التي ذكرت أن أحكام خيار الشرط تسري على خيار النقد في صورته الثانية ، أي أن أحكام خيار الشرط تنطبق على أحكام خيار النقد فى صورته الثانية بموجب نص المادة المشار إليها.

أما المادة (٥٥٥) فلم تتعرض إلى العقود التى يدخلها خيار النقد ، ولكن يفهم من العبارة الواردة فى فقرتها الأولى وهى : " بيع العروض وغيرها من المنقولات" ، أن هذا الخيار يدخل فى بيع المنقولات أما بيع العقارات فلا يسرى عليها حكم هذه المادة ؛ لأنها خاصة بفسخ بيع المنقول.

وقد ذكر شراح القانون المنقولات التي يدخلها هذا الخيار ، حيث قالوا إنها تشمل المنقولات المادية ؛كالسلع أو البضائع ، والمنقولات المعنوية ؛كالأسهم والسندات ، ويستوي في ذلك أن تكون من المنقولات بطبيعتها أم بحسب المآل ؛ كالثمار التي حان قطافها ، أو المنزل الذي يباع أنقاضا ، أما بالنسبة للمحل التجاري فلا يدخل في حكم المادة المذكورة مع أنه يعد منقولا معنويا ، والسبب في ذلك عندهم أن المحل التجاري لا يتعرض لتقلبات الأسعار مثل المنقولات الأخرى ؛ كالسلع، ونحو ذلك على أن حكم المادة المذكورة ينطبق على المنقولات في البيوع المدنية، والتجارية[2] .

وقد علل شراح القانون المدنى مسلك المشرع هذا بقولهم : إن المنقولات سريعة التداول متقلبة الأسعار ، ويتعرض كثيرٌ منها للتلف بمضي الزمن ، إضافة إلى حاجة التجارة إلى السرعة في التعامل ، وتصفية المراكز المعلقة الأمر الذي يستوجب التيسير على البائع بتمكينه من فسخ العقد بإرادته دون التقيد بالإجراءات العادية للفسخ من إخطار،

---

(١) تقدم ذلك في ص٩٦ـ ٩٧ من البحث.

(٢) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ عبد الرازق السنهوري ج٤ ص٧٣٨ ، وعقد البيع والمقايضة للدكتور/ توفيق حسن فرج مرجع سابق ص٥٧٣

ودعوى فيسترد بذلك حقه في إعادة التصرف في المنقول لغيـر المـشترى إذا تخلـف المشتري عن تنفيذ التزامه، ولم يدفع الثمن دون أن يخشى مغبة ذلك(١)، كما أن التيـسير في نظرهم يقتضي أن يكون للبائع التحلل من الالتجاء إلى القضاء ؛ لأن البائع قد يتعـذر عليه المحافظة على المبيع إلى حين صدور حكم القضاء(٢).

وهذا بعكس المشترى ؛ إذ لا يتوافر للمشتري المبررات التـي أعطاهـا شـراح القانون للبائع ؛ لأن المشتري لا يتضرر عند تأخر البائع في تسليم المبيع حيث لا يخشى على الثمن من التلف، أو تغيرات القيمة ؛ لأنه يلتزم بقدر الثمن المحدد فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أى أثر(٣) .

ومع تقديري لهذا الرأى ووجاهته ؛ فإن سرعة تقلب الأسعار فى هذا الزمن لم تعد حكراً على المنقول فحسب، بل إن العقارات كذلك متقلبة الأسعار من حين إلـى آخـر ؛ كالدور، والمنشآت العظمى، والأراضي، والمصانع وغيرها ، كما أن اسـتبعاد المحـل التجاري من حكم المادة المذكورة فيه نظر ؛ لأن المحل التجاري عرضة لتقلب الأسـعار بحسب أحوال السوق ، ومتطلبات التجارة ؛ ولذلك فإن الصواب ما ذكره الفقهـاء الـذين جعلوا خيار النقد عاماً فى المنقولات وغيرها ، ولم يجعلوه مقـصوراً علـى المنقـولات فحسب ، كما يلاحظ أن عبارة **بيع العروض وغيرها من المنقـولات** التـي وردت فـي المادة(٥٥٥) سالفة الذكر يشوبها الغموض، وعدم الدقة ؛ لأنها تشير إلى أن الخيار يدخل في عروض التجارة ، والمنقولات، ومعلوم أن عروض التجارة يدخل فيها أشياء كثيـرة بما فيها المنقول، والعقار؛حيث إن عروض التجارة كل ما يعرضه الـشخص للبيـع أو الشراء ، سواء أكانت من الأصول الثابتة؛ كالعقارات أم كانت من المتداولة ؛كالمنقولات مثل السلع وغيرها من صنوف الأموال، وهذا مـا ذكـره الفقهـاء صـراحة؛ إذ قـال بعضهم(٤) : " العروض جمع عرض وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من

---

(١) راجع : عقد البيع للدكتور/ عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ص٣٣٤ ، وفسخ العقد للدكتور/ عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق ص٦٧ ، وشرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شـنب ، ومجـدى صبحى خليل ، مرجع سابق ص٣١٢.

(٢) راجع : عقد البيع والمقايضة للدكتور/ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ص٥٧٤

(٣) راجع : شرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب ، ومجدى صبحى خليـل ، مرجـع سـابق ص٣١٤.

(٤) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٢ ص٦٢٢.

الحيوانات والعقار والثياب وسائر المال" ، وقال آخرون [١] "العرض هو ما يعد لبيع وشراء لأجل ربح غير النقد غالبا فلا يرد"؛ وقال بعضهم[٢] " العرض المتاع وكل شيء هو عرض بسكون الراء إلا الدراهم والدنانير" ؛ ولذلك كان ينبغي على المشرع أن يحدد ماهية العقود التي يدخلها خيار النقد تحديداً دقيقاً يتفق مع طبيعة هذا الخيار ، ومع ما ذكره الفقهاء المجيزون له .

موازنة بين موقف القانون اليمني، وآراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد

بالموازنة بين موقف القانون المدني اليمني، وبين آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد تتضح الأمور الآتية :

١- يلاحظ أن القانون المدني اليمني قد حصر مجال خيار النقد في المنقولات، وعروض التجارة ، ولم يجعله في العقارات بل إنه قد استبعد بعض المنقولات المهمة (المحل التجاري) من دائرة العقود التي يدخلها هذا الخيار ، في حين وجدنا أن الفقهاء المجيزين لهذا الخيار لم يحصروا هذا الخيار في المنقولات فحسب بل أجازوه في العقارات .

٢- يلاحظ أن القانون اليمني قد حصر حكم المادة (٥٥٥) في عقد البيع دون غيره من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ؛ كعقد الإيجار، وغيره من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ، في حين أن الفقهاء المجيزين لخيار النقد لم يحصروه في عقد البيع، وإنما أجازوا دخوله في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ.

٣- يلاحظ أن الهدف من حكم المادة (٥٥٥) هو حماية بائع المنقول دون سواه ، في حين أن الهدف من خيار النقد عند الفقهاء هو حماية الطرفين (البائع أو المشتري)، وبذلك يظهر الفرق بين ما قصده المشرع اليمني في المادة (٥٥٥) ، وما قصده الفقهاء المجيزون لهذا الخيار ؛ إذ قصدوا حماية مصلحة الطرفين من خلال الخيار الذي يحقق لصاحبه فرصة للتروي والتفكير قبل إتمام العقد، وعلى ذلك آمل من المشرع اليمني أن يسلك مسلكاً قانونياً يتفق مع ما قرره الفقهاء القائلون بهذا الخيار.

([١]) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٢ ص٢٣٩ .

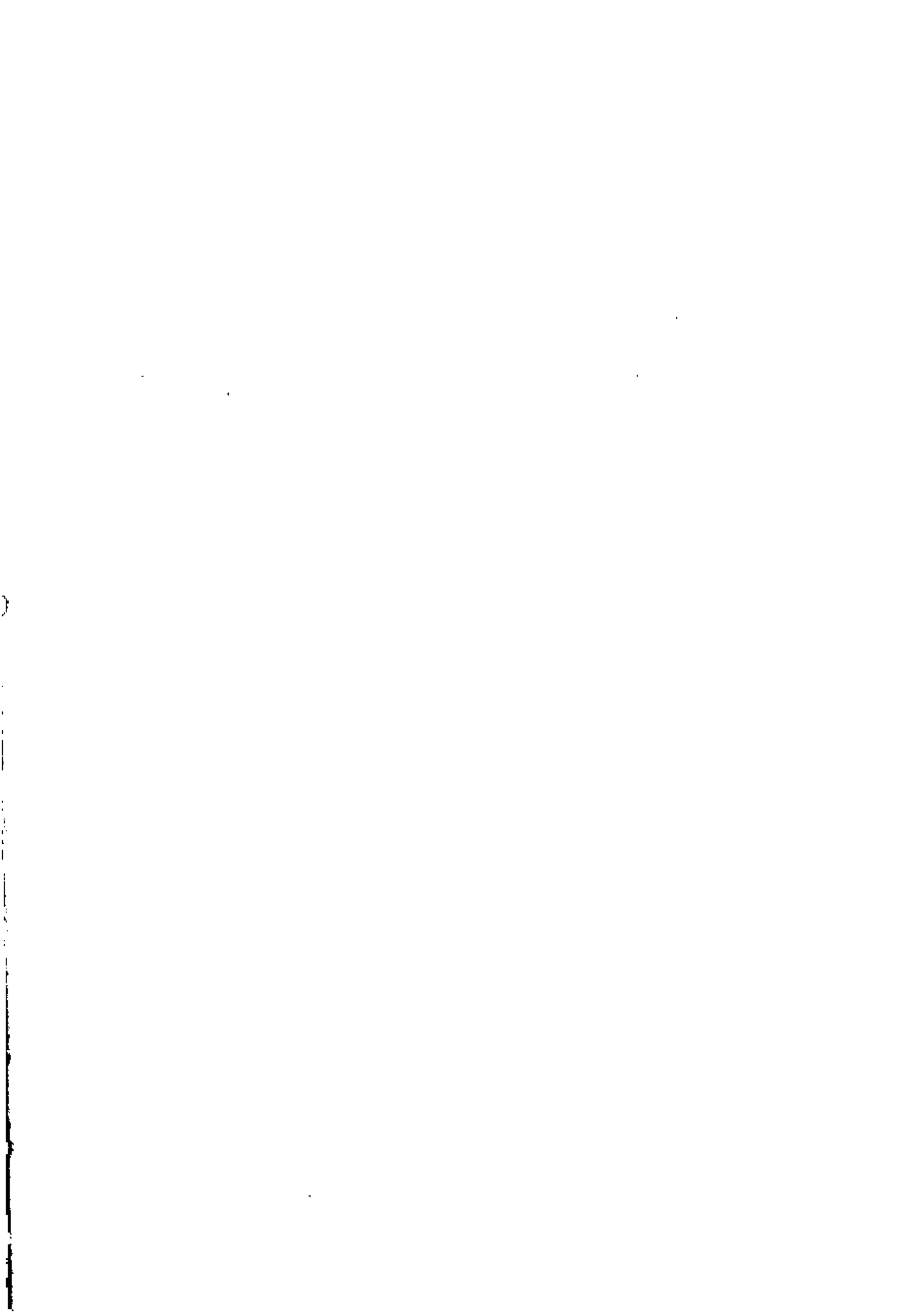
([٢]) راجع: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي اليمني بهامش المهذب للشيرازي ج١ ص٢٩٣ .

المبحث الثاني
شروط خيار النقد

إذا وجد صاحب خيار النقد ومجاله فإن هذا الخيار لا يثبت إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لقيامه ، وقد خصص هذا المبحث لدراسة هذه الشروط عند الفقهاء المجيزين له ، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : شروط خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له

المطلب الثاني : شروط خيار النقد في القانون المدني اليمني



المطلب الأول
شروط خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له

حدد الفقهاء المجيزون لخيار النقد مجموعة من الشروط اللازمة لصحة خيار النقد، وسيتم عرض هذه الشروط في البنود الآتية :

أولاً : يجب تحديد مدة خيار النقد :

يعد هذا الشرط من أبرز شروط صحة خيار النقد بل أهمها ؛ فلا يتصور قيام هذا الخيار دون تحديد مدة معلومة ؛ ولذا فإن القائلين بجواز هذا الخيار قد اشترطوا أنه من الضروري تحديد مدة محددة لخيار النقد منعاً للغرر ، وهذا ما نص عليه الأحناف [١] ، والحنابلة [٢] والإمامية [٣].

وعلى هذا الأساس فإن الفقهاء المجيزين لخيار النقد قد اتفقوا على ضرورة تحديد مدة معلومة لخيار النقد، غير أنهم قد اختلفوا حول مقدار هذه المدة؛ إذ تباينت آراؤهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول : لأبي حنيفة، وأبي يوسف، وقالا إن مدة خيار النقد يجب أن تقدر بثلاثة أيام فقط ، فإذا اشترى الشخص سلعة على أن ينقد ثمنها إلى أربعة أيام فلا يصح هذا ،ويفسد العقد إن لم ينقد الثمن في اليوم الثالث فإن نقد الثمن قبل انتهاء اليوم الثالث صح العقد[٤] .

---

(١) راجع : كتاب الأصل لمحمد الشيباني ج١ ص١٢٤ والمبسوط للسرخسي ج١٣ ص٤١ ، والهداية شراح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٢٨ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٢٥ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦١.

(٢) راجع : الإنصاف للمر داوى ج٤ ص٣٧٣ ، والمغني لابن قدامة ج٤ ص٧٤ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٢ .

(٣) راجع : جواهر الكلام للنجفى ج٢٣ ص٢٣ ، وكتاب المكاسب لمرتضى الأنصاري ج٢ ص٢٤٦ .

(٤) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٣ .

قال الحلبي [١] في هذا الصدد : " وإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا ، إلاّ أن ينقد في الثلاثة وعند محمد يجوز إلـــى أربعـــة وأكثر".

وقال المرغيناني [٢] : "ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يجـــوز إلى أربعة أيام وأكثر ، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً".

ومن هذا يتضح أن أبا حنيفة ، وأبا يوسف قد قالا إن مدة خيار النقد يجب ألاّ تزيد على ثلاثة أيام ، وإذا اشترط أحدهم أكثر من ذلك ؛ فالعقد فاسد ، ولكن ينقلب صحيحاً إذا تم نقد الثمن في الأيام الثلاثة.

والملاحظ هنا أن أبا حنيفة قد مر على أصله في الملحق ، فقد قال : إن مدة خيار الشرط (وهو الأصل) يجب ألاّ تزيد على ثلاثة أيام ، وقال كذلك في مدة خيار النقد (وهو الملحق) يجب ألاّ تزيد على ثلاثة أيام .

ولهذا جعل المدة في الخيارين واحدة ، ومحمد كذلك سار على أصله في تجـــويز الزيادة في الأصل والملحق ، بمعنى أنه يرى أن مدة خيار الشرط يجوز أن تزيد علـــى ثلاثة أيام حسب اتفاق العاقدين ، وكذلك جواز زيادة مدة خيار النقد على ثلاثة أيام حسب الاتفاق.

أما أبو يوسف فالأمر عنده مختلف ، فقد ميز بين مدة خيار الشرط ومـــدة خيـــار النقد ، فجعل لكل خيار منهما مدة مختلفة عن الأخرى ؛ ففي خيار الشرط كان متفقاً مع محمد ، وقال بجواز زيادة المدة على ثلاثة أيام حسب الاتفاق ، وقيل[٣] في خيار النقد إنه أخذ بالأثر إذ اعتمد على رأى ابن عمر الذي أجاز خيار النقد إلى ثلاثة أيام فقط[٤] .

---

(١) ملتقى الأبحر ج٢ ص١٠، مؤسسة الرسالة ، بيروت ط١ ١٩٨٩م .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدئ ج٣ ص٢٨ .

(٣) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٦ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٥.

(٤) تقدم ذكر هذا الأثر راجع ص٣٠٢-٣٠٣ من البحث.

<u>القول الثاني</u> : للحنابلة [١] ، ومحمد بن الحسن من الحنفية [٢] ، والإمامية [٣] ، وقد ذهبوا إلى القول بأن مدة خيار النقد غير محددة بثلاثة أيام ؛ إذ يجوز اشتراط مدة هذا الخيار بحسب اتفاق المتعاقدين ؛ فقد تكون ثلاثة أيام ،أو أربعة، أو أكثر من ذلك ؛ فإذا قال البائع للمشتري بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث، أو مدة معلومة، وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح[٤] ، والمهم في الأمر أن تكون المدة معلومة سواء أكانت ثلاثة أيام أم أقل من ذلك أم أكثر[٥] .

ومعلومية المدة عند أصحاب هذا القول لا تنطبق على خيار النقد في صورته الأولى ، بل يجب أن تشمل كذلك الصورة الثانية لهذا الخيار ؛ إذ يجوز أن يشترط البائع مدة معينة يرد فيها الثمن ويرتجع المبيع[٦] .

<u>القول الثالث</u> : لبعض المالكية[٧] ، وهؤلاء ممن أجازوا خيار النقد، ورأوا أن خيار النقد هو بيع خيار يجوز فيه من الأجل ما يجوز في خيار الشرط ، ومعلوم أن مدة خيار الشرط لا تتحدد بثلاثة أيام كما تقدم ، بل يتم تحديدها بناء على قدر الحاجة في اختيار المبيع نظراً لاختلاف المبيعات ، وبذلك فالمدة عند أصحاب هذا الرأي تختلف من مبيع إلى آخر.

<u>أدلة الفقهاء:</u>

<u>أولاً : أدلة أصحاب القول الأول :</u>

استدل أصحاب هذا القول ، وهم أبو حنيفة، وأبو يوسف بعدد من الأدلة التي سوّغوا خلالها سبب تحديد مدة خيار النقد بثلاثة أيام ، وهذه الأدلة هي :

---

(١) راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٧ ، وكشاف القناع للبهوتي ج٦ ص٢٠٢ – ٢٠٣ ، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب أحمد ج٣ ص٤٠٣.

(٢) راجع :مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ج٢ ص٢٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٥.

(٣) راجع : تذكرة الفقهاء للحلّي ج٧ ص٣٢٩-٣٣٠.

(٤) راجع: المغني لابن قدامة ج٤ ص١٢٩

(٥) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص١٩٦

(٦) راجع : وسائل الشيعة للعاملي ج٦ ص٣٥٤ ، ورياض المسائل للطباطبائي قدة ج٥ ص١١٤

(٧) راجع: حاشية الرهوني على شرح الزر قاني لمختصر خليل ج٥ ص٢٢١ .

(١) قالوا إن خيار النقد فى معنى خيار الشرط ، وملحق به ، فمدة خيار الشرط ثلاثة أيام ، ولا يجوز الزيادة على هذه المدة ، ومن ثم فإن مدة خيار النقد يجب أن تكون ثلاثة أيام أسوة بخيار الشرط.

(٢) استدلوا بالأثر الذي مر سلفاً [١] والمروى عن ابن عمر، والذي أجاز خيار النقد إلى ثلاثة أيام فقط.

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني، وهم الحنابلة، ومن حذا حذوهم بعدد من الأدلة وهى :

(١) قالوا إنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا المدة بحسب اتفاقهما ؛ لأن هذا الخيار يقوم على الشرط ، وتفويضه يعود إلى المتعاقدين بحسب ما يقرران [٢] ، وذلك استناداً إلى حديث رسول الله ﷺ : (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً). [٣] ، وحيث إن المتعاقدين على شروطهم ، فيجوز لهما تحديد المدة برضاهما، وقناعتهما ؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.

(٢) قالوا : إن خيار النقد في معنى خيار الشرط، وملحق به ، فكما يجوز اشتراط الخيار في خيار الشرط لأكثر من ثلاثة أيام يجوز في خيار النقد أن تزيد المدة على ثلاثة أيام كذلك [٤] .

ثالثا: موازنة وترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء بصدد تحديد مدة خيار النقد ، يتضح جلياً أن أقوالهم قد جاءت منسجمة مع ما قالوه عن مدة خيار الشرط ؛ لأن هذا الخيار في معنى خيار الشرط ،وملحق به دلالة ؛ فخيار الشرط هو الأصل ، وخيار النقد هو الملحق، ومن ثم فقد اتضح أن المجيزين لخيار النقد قد جعلوا مدته كمدة خيار الشرط ؛ فأبو حنيفة سار على أصله ،وجعل الملحق مثل الأصل ، وفعل كذلك محمد ، أما أبو يوسف فقد خالف الأصل في الملحق فجعل مدة خيار النقد محصورة في ثلاثة أيام.

---

(١) تقدم ذكر هذا الأثر تفصيلاً فى ص٣٠٣ من البحث.

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٦ .

(٣) تقدم تخريج الحديث فى ص٤٨ من البحث.

(٤) راجع : البناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص١٦٥].

ومن الجدير بالذكر أن مجلة الأحكام العدلية قد أخذت برأي محمد وقررت ذلك فى المادة (٣١٣) التي نصت على أنه : "إذا تبايعا على أن يؤدى المشترى الثمن في وقت كذا وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح".

وأما الحنابلة ومن سلك مسلكهم فقد جعلوا الملحق (خيار النقد) مثل الأصل (خيار الشرط) ، وقد تم سلفاً عرض أدلة الفريقين ، ومناقشتها بمناسبة الحديث عن مدة خيار الشرط، وتم كذلك ذكر حكم دخول الغاية في مدة الخيار، واكتفي بما ورد هناك ، ولا حاجة إلى تكرار ما ورد سلفاً.

وبناءً على ما سلف يبدو أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى هو الراجح لقوة حججهم ؛ ولأن مدة خيار النقد يتفق عليها المتعاقدان بمحض إرادتيهما ، وهى مقدرة لهما لا عليهما ، ومن ثم فإن تحديد المدة لا ينافى أحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصدها، ولا يؤدى إلى كثير من الغرر أو المشاحنة بين الناس ؛ لأن ترك تحديد المدة لإرادة الطرفين، ورغبتهما يوفر لهما القناعة الكاملة ، وتمام الرضا بعيداً عن التسرع ، وعدم التروي الذي قد يؤدى بدوره إلى الندم والمشاحنة، والبغضاء.

ولذلك يجوز تعيين المدة فى خيار النقد بناءً على اتفاق الطرفين سواء أكانت تلك المدة ثلاثة أيام أم أكثر من ذلك ، ولكن يجب أن لاتكون المدة طويلة حتى لا يتخذ هذا ذريعة إلى الانتفاع بمحل العقد من مبيع أو ثمن خاصة في الصورة الثانية لهذا الخيار ، والله أعلى وأعلم بالصواب .

<u>ثانياً : يجب إتصال مدة خيار النقد بالعقد، وموالاتها له :</u>

ويعنى ذلك أن مدة خيار النقد فى صورتيه لابد من أن تتصل بالعقد ، وفى ذلك اختلاف بين الفقهاء المجيزين لخيار النقد ؛ إذ تباينت آراؤهم على قولين :

<u>القول الأول</u> : للأحناف والحنابلة ، ويرى أصحاب هذا القول أنه لابد من أن تكون مدة خيار النقد متصلة بالعقد ، أي أن تلي العقد مباشرة ، فلو تعاقد الطرفان في بداية شهر شوال ، واتفقا على أن تبدأ مدة خيار النقد فى نهاية هذا الشهر فلا يجوز ذلك ، ويفسد العقد ؛ لأن المدة لا تلي العقد مباشرة ؛ ولأن هذا ينافى مقتضى العقد الذي هو حصول

آثاره مباشرة، ومع ذلك فالأحناف لا يبطلون هذا العقد إن تم بهذه الصورة ، بل يمكن تصحيحه بإدخال المدة الفاصلة بين العقد، ومدة خيار النقد ضمن المدة المحددة للخيار[١] .

وعلى هذا الأساس فإن مدة خيار النقد عند الحنابلة والأحناف ، لابد من أن تلي العقد مباشرة ، فإذا لم تله فلا يثبت فيها خيار؛ لأن ذلك يفضي إلى فوات بعض المنافع أو إلى استيفائها في مدة الخيار ، وكلاهما غير جائز[٢]، وكلام الأحناف ينطبق على صورتي خيار النقد أما كلام الحنابلة فلا ينطبق إلا على الصورة الأولى لعدم إجازتهم الصورة الثانية.

<u>القول الثاني</u> : للشيعة الإمامية ، وقد سلكوا مسلكاً آخر في هذه المسألة ؛ إذ خالفوا الأحناف، والحنابلة ، حيث قالوا بجواز أن تكون مدة خيار الشرط متصلة بالعقد أم منفصلة عنه ، من ذلك ما ذكره بعضهم [٣] ؛ إذ قال : "يجوز اشتراطه في أي مدة كانت قصيرة أو طويلة متصلة أو منفصلة عن العقد".

ومن الجدير بالذكر أنه ينبغي أن تكون مدة الخيار متتابعة متوالية فلا يجوز اشتراط خيار يثبت في يوم ، ويوم لا ؛ لأن هذا يؤدى إلى الجهالة والمنازعة؛ ولأن العقد إذا لزم لم يعد إلى الجواز .

وبناءً على ما سلف يبدو أن رأى الأحناف والحنابلة هو الصواب لوجاهته ، ولكونه يساعد على ضبط المدة ، ويمنع الغرر ، والنزاع بين الطرفين .

أما بالنسبة لابتداء مدة خيار النقد، وغايتها ، فهي تبدأ من حين العقد ؛ لأنها مدة ملحقة به ، وهذا ما قرره غالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وهم الأحناف، والحنابلة في الراجح عندهم، وبعض الإمامية [٤] ، أما غاية هذا الخيار فتنتهي عند انتهاء المدة المضروبة له ، فإذا شرط المتعاقدان الخيار إلى الليل أو الغد ، فلا يدخل الليل أو الغد في المدة ؛ لأن (إلى) تستعمل بمعنى انتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها ، وهذا هو

---

(١) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٣٩ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٧٥ .

(٢) راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٦٨ .

(٣) راجع : منهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٤.

(٤) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩ ، والإنصاف للمرداوى ج٤ ص٣٧٥ ، وتذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٣١ .

رأى غالبية المجيزين لهذا الخيار[١] ، وهم الحنابلة، ومحمد، وأبو يوسف من الأحناف ، والإمامية .

وخالفهم فى ذلك أبو حنيفة حيث ذهب إلى القول بأن المتعاقدين إذا شرطا الخيار إلى الغد فإن الغد يدخل فى مدة الخيار[٢] ، وقد تم ذكر أدلة الفريقين ، وتبين رجحان أدلة الجمهور من غير أبى حنيفة ؛ ولذا سأكتفي بما ورد في مدة خيار الشرط لتشابه الأحكام في هذه المسألة.

ثالثاً : يجب مقارنة شرط خيار النقد للعقد :

ومعنى ذلك أن هذا الشرط ينبغي أن يقترن بالعقد عند التعاقد، ولا يسبقه ، وعلى هذا الأساس فقد اتفق القائلون بجواز هذا الخيار[٣] على أنه لا يجوز شرط خيار النقد قبل العقد ، وإنما لابد من اشتراطه فى أثناء العقد ، أي عند التعاقد(في صلب العقد) ؛ لأن الخيار ؛كالصفة بالنسبة للعقد ، والصفة في كل الأحوال لا تسبق الموصوف.

ولذا فعند اشتراط النقد فى صلب العقد يصير جزءاً منه ، ولكن هل يجوز اشتراط خيار النقد بعد لزوم العقد ؟

الواقع أن الفقهاء المجيزين لخيار النقد قد اختلفوا في الإجابة عن هذا السؤال حيث تباينت آراؤهم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للأحناف ، وقد قالوا إنه يجوز إلحاق خيار النقد بعد عقد البيع ولو بأيام[٤] ، وبذلك فإنه يجوز إلحاق خيار النقد بالعقد بعد أن ينعقد ، وهذا يعود للمتعاقدين فلهما أن يحددا ذلك.

القول الثاني :للشيعة الإمامية، وقالوا إنه لا يجوز إلحاق خيار النقد بالعقد بعد لزومه ، بل لابد أن يكون الخيار في صلب العقد فقط[٥] .

---

(١) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٣ ، وتذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٣٣.

(٢) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٠

(٣) راجع: شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٤٩، وكشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٢، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٢٧ .

(٤) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩.

(٥) راجع : تذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٢٧ .

<u>القول الثالث</u> : للحنابلة ، وقالوا بجواز إلحاق شرط خيار النقد في زمن الخيارين (خيار المجلس وخيار النقد) أما إذا انقضت مدة الخيارين، وصار العقد لازماً فعندئذ لا يجوز إلحاق هذا الخيار بالعقد بعد لزومه[١] .

ويبدو أن ما ذهب إليه الأحناف هو الراجح ؛ لأنه يجوز للعاقدين الاتفاق على فسخ العقد بعد لزومه فكان لهما إلحاق الخيار به[٢]، وعلى هذا الأساس يحق للعاقدين الاتفاق على إلحاق شرط خيار النقد في أثناء مجلس العقد أو بعد افتراق المتعاقدين ؛ كأن يبيعه السلعة اليوم ثم يلقاه غداً، ويشترط عليه نقد الثمن خلال مدة محددة ، هذا إذا لم يكن البائع قد تسلم الثمن

<u>رابعاً : أن يكون البيع مما لا يشترط فيه القبض في المجلس :</u>

تقدم سلفاً أن خيار الشرط لا يدخل في البيوع التي يشترط فيها القبض في المجلس، ولما كان خيار النقد في معنى خيار الشرط، وملحق به ؛ فإنه ــ ولا شك ــ لا يثبت في العقود التي من شروطها التقابض في المجلس ؛ كالصرف أو السلم، وبيع الربا بجنسه، ويثبت في العقود التي تقبل تأجيل القبض[٣] ، وهي العقود اللازمة التي تقبل الفسخ بطبيعتها ؛ كالبيع وما في حكمه ، وغيرها من العقود التي تقدم ذكرها عند الحديث عن مجال خيار النقد.

هذه هي أهم شروط خيار النقد ، والملاحظ أن الفقهاء لم يذكروا غالبية شروط خيار النقد ، بل اعتمدوا في ذلك على شروط خيار الشرط لما بين الخيارين من تشابه في الأحكام ، وقد تحريت الإيجاز قدر الإمكان ، معتمداً في ذلك على آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد دون أن يتم التطرق إلى آراء جميع المذاهب ؛ لأنها لا تجيز خيار النقد.

---

(1) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٢.

(2) راجع: خيار النقد للدكتور اشرف الخطيب مرجع سابق ص١٨٨.

(3) راجع: حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٦ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٤.

المطلب الثاني
شروط خيار النقد في القانون المدني اليمني

خصص هذا المطلب لبيان شروط خيار النقد في القانون المدني اليمني ، وسيتم استخلاص هذه الشروط من خلال الأحكام التي وردت في المواد القانونية الثلاث ،وهي (٥٥٥) و(٥٧٧) و(٥٧٨) ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : تحديد مدة خيار النقد :

لقد تعرض المشرع اليمني لمدة خيار النقد ، وذلك في المادة (٥٥٥) التي نصت في شطرها الأول على أنه : " إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار...الخ".

وعبارة "اتفق على ميعاد لدفع الثمن" تدل بوضوح على أن المشرع اليمني لم يجعل المدة محصورة في ثلاثة أيام فقط ، بل ترك أمر تقديرها للمتعاقدين ؛ فلهما أن يحددا حدها الأعلى، وحدها الأدنى، وهو بذلك لم يأخذ برأي أبي حنيفة ،وأبي يوسف ، بل أخذ برأي غالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وهم الحنابلة، ومحمد الشيباني ،والشيعة الإمامية.

وهذا الرأي هو الذي ظهر رجحانه سلفا ؛ لقوة أدلته ؛ ولأنه يساير الواقع ، ويقتضيه هذا الزمن ، ويلاحظ أن المشرع اليمني في نص هذه المادة لا يجيز المدة المجهولة ؛ لأنه قد اشترط أن تكون هناك مدة يتفق عليها العاقدان ، وبهذا فإن هذه المدة ستكون قصيرة نسبياً ؛ لأن المنقولات، والبضائع ، وعروض التجارة عرضة للتلف من جهة ، ولتقلب الأسعار من جهة أخرى ، ومع ذلك فالأمر متروك للطرفين ، ولهما أن يحددا المدة التي تناسبهما على حسب ظروفهما.

ويعد تحديد مدة دفع الثمن، وتسليم المبيع من الشروط اللازمة لتطبيق حكم المادة (٥٥٥) ؛ فالثمن يكون مؤجلاً ،ويجب دفعه في الميعاد المتفق عليه[١]؛ ولذلك فإذا لم يكن

---

(١) راجع : فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه للدكتور / عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ص٦٧ ، وعقد البيع والمقايضة للدكتور/ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ص٥٧٤ .

ثالثاً :مقارنة الشرط للعقد أو إلحاقه به :

لقد تعرض المشرع اليمني إلى هذا الشرط في المادتين (٥٥٥) و (٥٧٧) ، وقد تقدم ذكرهما ، حيث أشارت المادة (٥٥٥) إلى أن شرط خيار النقد يتم الاتفاق عليه في صلب العقد حيث يقترن بالعقد ، ويصير جزءا منه ؛كبند من بنوده ، كما أن المادة (٥٧٧) قد أجازت للطرفين الاتفاق على جعل شرط ارتجاع المبيع في صلب العقد أو لاحقا عليه كما هو الحال في خيار الشرط .

وبذلك فإن موقف القانون المدني اليمنى لا يختلف عما قرره الفقهاء المجيزون لخيار النقد الذين اشترطوا مقارنة شرط الخيار للعقد ، كما أنه قد أخذ برأي الأحناف الذين أجازوا إلحاق الخيار المشروط بعد التعاقد، ولو بأيام، ولكن مع ذلك يؤخذ على المشرع اليمني أنه لم يحدد المدة المحددة التي يجوز فيها إلحاق الخيار بالعقد ، ولذلك يتوجب على المشرع أن ينص على أنه يجوز إلحاق خيار ارتجاع المبيع بعد العقد بمدة يسيرة.

رابعاً : أن يكون البيع مما لا يشترط فيه القبض في المجلس :

لقد أشارت المادة (٥٥٥) صراحة إلى العقود التي يدخلها خيار النقد حيث جاء في شطرها الأول " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ..." ، ومن هذا النص يتضح أن هذا الخيار يكون في المنقولات [١] وعروض التجارة عامة، وعلى ذلك فإن شرط النقد لا يكون إلا في البيوع ؛ لأن نقد الثمن هو أحد الالتزامات الملقاة على عاتق المشترى في عقد البيع كما تقدم ، وعلى هذا الأساس فلا ينطبق حكم هذه المادة على النكاح، والإقرار ،والصرف، والسَّلم ، وكذلك لا ينطبق حكم المادة (٥٧٧) على هذه الأمور ، ومن ثم فإن المشرع اليمني في هذه المسألة لم يخالف فقهاء المسلمين كثيراً ، وإن كان الفقهاء لم يحصروا هذا الخيار على عقد البيع فحسب ، بل جعلوه في الإجارة ، وغير ذلك من العقود التي سبق ذكرها .

---

(١) المنقول : هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر ، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات . راجع : المادة ١٣٨ من مجلة الأحكام العدلية ، وقد عرفت المادة ١١٧ من القانون المدني اليمني ، رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م الأشياء المنقولة بأنها : " ما تتماثل آحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الذرع أو الكيل أو الوزن ، وماعدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمي (غير مثلي) " .

خامسا :موازنة بين القانون المدني وآراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد:

من خلال عرض موقف القانون اليمني سالف الذكر يتضح أن المشرع اليمني قد عبر عن مضمون شروط خيار النقد ، حيث ظهرت هذه الشروط بصيغة تقترب إلى حد ما مع آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد، وبذلك فإن موقف المشرع اليمني في هذه المسالة لا يختلف كثيراً عن موقف الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وإن كان يؤخذ على المشرع أنه لم يعالج هذه الشروط معالجة واضحة كما فعل الفقهاء القائلون بهذا الخيار الذين بينوا شروط خيار النقد بصورة واضحة جلية لا لبس فيها، ولا غموض .

أما إذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل ؛ كصبغ الثوب وخياطته وغير ذلك ، فهذا يعد مانعاً من الرد بإجماع الأحناف ؛ إذ يتم العقد، ويلزم ويسقط الخيار عن صاحبه ، كما يكون الأمر كذلك إذا كانت الزيادة أيضاً متولدة من الأصل ؛كالولد ،والتمر من النخل ،واللبن، والصوف، فهذه تمنع الرد وتبطل الخيار وينعقد العقد بسببها، فإذا كـــان الخيـــار للمشترى مثلاً وحدثت الزيادة المشار إليها أعلاه سقط خياره وانبرم العقد ووجب عليـــه دفع الثمن للبائع ، والحال كذلك إن كان الخيار للبائع فى الصورة الثانية.

أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ؛ كالصدقة ،والهبة التي تمنح للمبيع ، فهذه الزيادة لا تمنع الرد ، ويبقى صاحب الخيار على خياره ، فله إمضاء العقد، أو فسخه فإن اختار الإمضاء فهي له مع الأصل .

أما إذا اختار الفسخ فقد قال أبو حنيفة إنها للبائع ؛ لأنه يجب ردها مـــع المبيـــع ، وخالفه فى ذلك الصاحبان[١] ، وقالا هي للمشترى في كل الأحوال سواء فـــسخ العقـــد أم أجازه أما الأصل فيجب رده للبائع.

<u>القول الثاني</u> : للحنابلة فى ظاهر المذهب والإمامية ، ويرى هؤلاء أن ما يحصل من زيادة منفصلة فى المبيع خلال مدة الخيار هى للمشترى سواء فسخ العقد أم أتمه ، أما الزيادة المتصلة فهي تابعة للمبيع فإن تم إمضاء العقد كانت للمشترى [٢] ، وإن تم الفسخ فهى للبائع ، وهناك رأى للحنابلة يرى أنصاره أن الزيادة المنفصلة تكون للبائع في كـــل الأحوال[٣].

ولا أميل إلى أحد من القولين، حيث يبدو لي أن الزوائد يجب أن تكون لمن استقر له الملك إن كان الخيار لواحد من المتعاقدين ؛ إذ يتوقف فيها حتى يتبين المالك الحقيقي للمبيع ، وهذا هو الرأي[٤] الذي ظهر رجحانه عند الحديث عن زوائد المبيع فـــى خيـــار الشرط ، وتم سلفا بيان سبب ترجيحه .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٨ ، والبناية فى شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧٢.

(٢) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٠ ، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠ ، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٨٨ ، ووسائل الشيعة للعاملي ج٦ ص٣٥٥ ، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٩.

(٣) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠.

(٤) وهذا الرأي هو للزيدية كما ورد عند الحديث عن زوائد المبيع في خيار الشرط.

المطلب الثاني
شروط خيار النقد في القانون المدني اليمني

خصص هذا المطلب لبيان شروط خيار النقد في القانون المدني اليمني ، وسيتم استخلاص هذه الشروط من خلال الأحكام التي وردت في المواد القانونية الثلاث ،وهي (٥٥٥) و(٥٧٧) و(٥٧٨) ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : تحديد مدة خيار النقد :

لقد تعرض المشرع اليمني لمدة خيار النقد ، وذلك في المادة (٥٥٥) التي نصت في شطرها الأول على أنه : " إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار...الخ".

وعبارة "اتفق على ميعاد لدفع الثمن" تدل بوضوح على أن المشرع اليمنى لم يجعل المدة محصورة فى ثلاثة أيام فقط ، بل ترك أمر تقديرها للمتعاقدين ؛ فلهما أن يحددا حدها الأعلى، وحدها الأدنى، وهو بذلك لم يأخذ برأي أبي حنيفة ،وأبي يوسف ، بل أخذ برأي غالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وهم الحنابلة، ومحمد الشيباني ،والشيعة الإمامية.

وهذا الرأي هو الذي ظهر رجحانه سلفا ؛ لقوة أدلته ؛ ولأنه يساير الواقع ، ويقتضيه هذا الزمن ، ويلاحظ أن المشرع اليمنى فى نص هذه المادة لا يجيز المدة المجهولة ؛ لأنه قد اشترط أن تكون هناك مدة يتفق عليها العاقدان ، وبهذا فإن هذه المدة ستكون قصيرة نسبياً ؛ لأن المنقولات، والبضائع ، وعروض التجارة عرضة للتلف من جهة ، ولتقلب الأسعار من جهة أخرى ، ومع ذلك فالأمر متروك للطرفين ، ولهما أن يحددا المدة التي تناسبهما على حسب ظروفهما.

ويعد تحديد مدة دفع الثمن، وتسليم المبيع من الشروط اللازمة لتطبيق حكم المادة (٥٥٥) ؛ فالثمن يكون مؤجلاً ،ويجب دفعه في الميعاد المتفق عليه[1]؛ ولذلك فإذا لم يكن

---

(١) راجع : فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه للدكتور / عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ص٦٧ ، وعقد البيع والمقايضة للدكتور/ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ص٥٧٤ .

هناك ميعاد محدد لدفع الثمن فلا ينطبق حكم المادة المذكورة ، لانتفاء شرط أساسي من شروط تطبيقها ، ومن ثم فلا يتحقق الفسخ بقوة القانون ، غير أن بعض شراح القانون[1] قالوا : يكفى أن يحدد الطرفان ميعاداً للتسليم ، ويسكتا عن تحديد ميعاد دفع الثمن ، وعندئذ يكون الثمن مستحق الوفاء في نفس الميعاد المحدد لتسليم المبيع ، هذا فيما يخص المادة (٥٥٥) ، وهى التي تشبه الصورة الأولى من صور خيار النقد .

أما الصورة الثانية، والتي يكون فيها الخيار للبائع فقد أشارت المادة (٥٧٨) إلى ضرورة أن يكون لخيار النقد فى هذه الصورة مدة يتفق عليها الطرفان ، حيث نصت فى فقرتها الأولى على أنه : "إذا كان شرط رد المبيع مقيداً بمدة معلومة كان العقد صحيحاً ...".

ويتضح من هذا النص أن المشرع اليمنى قد ألزم الطرفين بتحديد مدة معلومة لخيار ارتجاع المبيع ، كما أنه قد ترك للطرفين أمر تحديد مقدار هذه المدة برضاهما دون أن يتدخل في تحديد مقدارها ، وعلى ذلك فلا يجوز الخيار المطلق ، أو مجهول المدة في القانون المدني اليمني ، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة (٥٧٨) والتي نصت على أنه :" إذا كان شرط رد المبيع مطلقا، وغير مقيد بمدة معلومة، واقترن بالعقد فهو من قبيل بيع الرجاء الباطل فيبطل العقد، والشرط معا أما إذا كان شرط الرد المجهول المدة لاحقا للعقد صح البيع وبطل الشرط "

ومن هذا النص يتبين أن المشرع قد حكم ببطلان شرط التراد، والعقد معاً إذا كانت مدة الشرط مجهولة، وغير معلومة ؛ لأن هذا الشرط من قبيل بيع الوفاء الفاسد، هذا إذا ورد الشرط في صلب العقد ، أما إذا جاء لاحقا له ؛ فالشرط وحده هو الذي يبطل أما العقد فهو صحيح .

ومع أن شرط ارتجاع المبيع تنطبق عليه أحكام خيار الشرط، وفقا للمادة (٥٧٧) فإنه يختلف عنه في هذه المسألة ؛لأن المشرع في خيار الشرط لم يحكم ببطلان العقد، والشرط عند عدم تحديد المدة ، وإنما قرر مدة قانونية للخيار حدها الأقصى عشرة أيام ، ولعل المشرع اليمني يهدف من الحكم الذي أورده في المادة(٥٧٧) إلى سد باب بيع الوفاء

---

(١) راجع : شرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب ، ومجدى صبحى خليل ، مرجع سابق ص٣١٣.

الباطل الذي قد يكون مدعاة إلى الغرر المفضي إلى المشاحنة بين الناس ، ومع ذلك كان الأصوب كما يبدو أن يترك المشرع أمر تحديد المدة للقاضي ليحددها بموجـــب العـــرف السائد ، وينطبق هذا الأمر كذلك على خيار النقد في صورته الأولى بموجب ما ورد في المادة (٥٥٥):

ثانياً: يجب اتصال مدة خيار النقد بالعقد ،وموالاتها .

أشار المشرع اليمنى إلى هذه المسألة من خلال نص المادة (٥٥٥) التي حـــددت ميعاد الدفع والتسليم بناءً على شرط يتفق عليه المتعاقدان ،حيث نصت في شطرها الأول على أنه : " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعـــاد لـــدفع الـــثمن وتسليم المبيع ..." ، وذكرت كذلك المادة (٥٧٧) شرط التراد ، وحددت أنـــه ينبغـــي أن يكون هذا الشرط حال العقد ، حيث جاء في شطرها الأول "بيع الوفاء هو أن يشترط حال العقد أو بعده أنه إذا رد البائع للمشتري الثمن رد له المشتري المبيع ولـــه حكـــم خيـــار الشرط"

وعلى هذا الأساس يتبين أن المدة ينبغى أن تكون متصلة بالعقـــد فـــلا يعقـــل أن تسبقه، بل يجب أن تسرى خلال عدة أيام دون أن تنقطع ، على أن تكون متوالية دون أن يتخللها فاصل زمني؛ لأن هذا سيؤدي إلى سقوط الخيار ،وعدم جدواه، فلـــو فرضـــنا أن العاقدين قد اتفقا على أن مدة الخيار تثبت في يوم ، ويوم لا؛ فالخيار هنا يسقط ويـــصبح العقد لازما للطرفين ؛ لأن مدته غير منضبطة ، وغير متوالية .

وبذلك يتضح أن موقف المشرع اليمنى هنا يتفق مع ما قرره الفقهاء المجيزون لخيار النقد ، ولكن يلاحظ أن المشرع اليمنى لم يشر إلى مسألة تجديد شـــرط الخيـــار ، وهذا بخلاف بعض الفقهاء (الحنابلة) الذين أجازوا للطرفين تجديد المدة برضاهما ،ومـــع ذلك يلاحظ أن شراح القانون[1] قد قالوا بأنه يجوز للطرفين الاتفاق على تمديـــد الأجـــل المحدد لدفع الثمن ؛ لأن المادة المذكورة غير متعلقة بالنظام العـــام ، ومـــن ثـــم يجـــوز للطرفين العمل بما يخالفها .

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ج٣ ص ٧٣٧ .

ثالثاً :مقارنة الشرط للعقد أو إلحاقه به :

لقد تعرض المشرع اليمني إلى هذا الشرط في المادتين (٥٥٥) و (٥٧٧) ، وقد تقدم ذكرهما ، حيث أشارت المادة (٥٥٥) إلى أن شرط خيار النقد يتم الاتفاق عليه في صلب العقد حيث يقترن بالعقد ، ويصير جزءا منه كبند من بنوده ، كما أن المادة (٥٧٧) قد أجازت للطرفين الاتفاق على جعل شرط ارتجاع المبيع في صلب العقد أو لاحقا عليه كما هو الحال في خيار الشرط .

وبذلك فإن موقف القانون المدني اليمنى لا يختلف عما قرره الفقهاء المجيزون لخيار النقد الذين اشترطوا مقارنة شرط الخيار للعقد ، كما أنه قد أخذ برأي الأحناف الذين أجازوا إلحاق الخيار المشروط بعد التعاقد، ولو بأيام، ولكن مع ذلك يؤخذ على المشرع اليمني أنه لم يحدد المدة المحددة التي يجوز فيها إلحاق الخيار بالعقد ، ولذلك يتوجب على المشرع أن ينص على أنه يجوز إلحاق خيار ارتجاع المبيع بعد العقد بمدة يسيرة.

رابعاً : أن يكون البيع مما لا يشترط فيه القبض في المجلس :

لقد أشارت المادة (٥٥٥) صراحة إلى العقود التي يدخلها خيار النقد حيث جاء في شطرها الأول " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ..." ، ومن هذا النص يتضح أن هذا الخيار يكون في المنقولات [١] وعروض التجارة عامة، وعلى ذلك فإن شرط النقد لا يكون إلا في البيوع ؛ لأن نقد الثمن هو أحد الالتزامات الملقاة على عاتق المشترى في عقد البيع كما تقدم ، وعلى هذا الأساس فلا ينطبق حكم هذه المادة على النكاح، والإقرار ،والصرف، والسّلم ، وكذلك لا ينطبق حكم المادة (٥٧٧) على هذه الأمور ، ومن ثم فإن المشرع اليمني في هذه المسألة لم يخالف فقهاء المسلمين كثيراً ، وإن كان الفقهاء لم يحصروا هذا الخيار على عقد البيع فحسب ، بل جعلوه فى الإجارة ، وغير ذلك من العقود التى سبق ذكرها .

---

(١) المنقول : هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر ، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات . راجع : المادة ١٣٨ من مجلة الأحكام العدلية ، وقد عرفت المادة ١١٧ من القانون المدني اليمني ، رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م الأشياء المنقولة بأنها : " ما تتماثل آحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الذرع أو الكيل أو الوزن ، وماعدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمي (غير مثلي) " .

خامسا :موازنة بين القانون المدني وآراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد:

من خلال عرض موقف القانون اليمني سالف الذكر يتضح أن المشرع اليمني قد عبر عن مضمون شروط خيار النقد ، حيث ظهرت هذه الشروط بصيغة تقترب إلى حد مـا مـع آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد، وبذلك فإن موقف المشرع اليمني في هذه المـسالة لا يختلف كثيراً عن موقف الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وإن كان يؤخذ على المشرع أنه لم يعالج هذه الشروط معالجة واضحة كما فعل الفقهاء القائلون بهذا الخيار الذين بينوا شروط خيار النقد بصورة واضحة جلية لا لبس فيها، ولا غموض .

الفصل الثالث

آثار خيار النقد ومسقطاته وتطبيقاته المعاصرة



الفصل الثالث
آثار خيار النقد، ومسقطاته، وتطبيقاته المعاصرة

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا الفصل دراسة آثار خيار النقد، والمسقطات التي يزول بسببها ،إضافة إلى بحث تطبيقاته المعاصرة في مجال المعاملات المالية للمصارف الإسلامية ،وتفصيلاً لذلك تم توزيع هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: آثار خيار النقد

المبحث الثاني: مسقطات خيار النقد .

المبحث الثالث : تطبيقات خيار النقد في معاملات المصارف الإسلامية .



المبحث الأول
آثار خيار النقد

لاشك في أن هناك جملة من الآثار التي تنشأ بناءً على هذا الخيار ، وهذه الآثار سيتم دراستها عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار فقط ، أما المانعون له فقد قالوا إن خيار النقد باطل في الصورتين [١] ، ومن ثم فلا ينتج عنه أي أثر ؛ لأن الشرط يؤدي إلى فساد العقد ، وقال بعضهم (الإمام مالك) يبطل الخيار فقط ، ويصح العقد فيما يخص الصورة الأولى لخيار النقد.[٢]

وعلى هذا الأساس سيتم عرض آثار خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له ، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : آثار خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له

المطلب الثاني : آثار خيار النقد في القانون المدني اليمني

---

(١) راجع : المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٢٣٠ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٦٠-٤٦١ ، والمحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٥٤٧ ، والقوانين الفقهية لابن جزئ الكلبي ص٢٥٨ .

(٢) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٠٥.



المطلب الأول
آثار خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له

سيتم في هذا المطلب بحث آثار خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : أثر خيار النقد فى صفة العقد ، وانتقال الملك :

خيار النقد إذا اقترن بالعقد اللازم الذي يحتمل الفسخ صار هذا العقد غير لازم فى حق من له الخيار ، فإذا كان الخيار للمشترى وهو ما يحصل عادة فى الصورة الأولى من خيار النقد فالعقد غير لازم بالنسبة له خلال مدة الخيار[١]؛ إذ يحق له أن ينقد الثمن خلال مدة الخيار، وعندئذ يصير العقد لازماً ، ويسقط الخيار، أما البائع فالعقد لازم بالنسبة له ، ولا يحق له الرجوع فى البيع ؛ لأن الأمر متوقف على إرادة المشتري صاحب الخيار.

أما إذا كان الخيار للبائع ، فالعقد غير لازم بالنسبة له[٢]، ومن ثم يجوز له أن يرد الثمن، ويرتجع المبيع ، ويحق له كذلك أن يحتفظ بالثمن ويمضى البيع ، وعندئذ يصير العقد لازماً في حق الطرفين .

على أن صفة عدم اللزوم تكون مؤقتة بمدة زمنية محددة ، بعدها يؤول العقد إلى اللزوم عند زوال العارض ، وهو شرط الخيار .

ومسألة عدم لزوم العقد فى حق من له الخيار لا خلاف بين الفقهاء حولها ، لكن الخلاف بينهم يظهر فى مسألة انتقال الملك فى زمن الخيار ، حيث تباينت آراؤهم فى ذلك على قولين:

القول الأول : للأحناف وقد ذكروا أن خيار الشرط يمنع انتقال الملك فى حق من له الخيار من الطرفين سواء أكان المشترى أم البائع ، ولما كان خيار النقد فى معنى خيار الشرط عندهم ؛ فالملك في زمن خيار النقد لا ينتقل فى حق من له الخيار من المتعاقدين ،

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤١ ، ٤٥ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٣.

(٢) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩.

بل يظل ما له معدوداً من ضمن أملاكه ، وأما من لا خيار له ، فما له يخرج عن ملكه ، أما عن دخوله فى ملك المتعاقد صاحب الخيار أو عدم دخوله ؛ فللأحناف في هذا رأيان :

الرأي الأول : لأبى حنيفة، وهو يرى أن من لا خيار له يخرج ملكه عن مالـــه ، ولكن لا يدخل فى ملك العاقد الآخر ، حتى لا يجتمع البدلان فى ملك شخصٍ واحد ؛ لأن ذلك غير جائز فى الشرع الإسلامى ، وخاصة فى عقود المعاوضات ؛ لأن المعاوضـــة تقتضى دائماً المساواة بين الطرفين المتعاقدين فى تبادل المبيع والثمن.

الرأي الثاني : للصاحبين ورأيهما أن المال إذا خرج عن ملك من لا خيـــار لـــه يدخل فى ملك الطرف الآخر فى العقد الذى له الخيار.

والسبب فى ذلك عندهما أن المبيع إذا خرج عن ملك البائع، ولم يدخل فى ملـــك المشترى صار زائلاً لا إلى ملك ، وهذا أمر غير معهود في الشرع الإسلامي على حـــد قول الصاحبين ، ولاسيما فى المعاملات التجارية والمعاوضـــات ؛ إذ يـــصير المـــال ؛ كالسائبة التى لا مالك لها[١] .

والحديث سلفاً يدور عندما يكون الخيار لواحد من المتعاقدين(المشتري أو البائع)، وهو ما يحصل فى خيار النقد ، أما الخيار للمتعاقدين معاً ، فلا نتصوره فى خيار النقد ؛ لأن هذا الخيار لا يصلح أن يكون للمتعاقدين معاً فى آن واحد لتضارب مصالحهما ، وقد تقدم سلفاً أن لخيار النقد صورتين فى الأولى يكون الخيار للمشترى ، وفى الثانية يكـــون الخيار للبائع.

القول الثاني : للحنابلة فى ظاهر المذهب[٢] والإمامية على قول[٣] ،ويرى هؤلاء أن ملك المبيع يكون للمشترى من حين تمام القبول بعد الإيجاب، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشترى ، وإذا ثبت ملك المبيع للمشترى فإن ملك الثمن يثبت أيضاً للبائع .

وبناءً على هذا الرأي فإن ملكية المبيع فى زمن خيار النقد تكون للمشترى أمـــا الثمن فهو للبائع ، وعلى هذا الأساس فإذا قال البائع للمشترى بعتك هذا بكذا على أنك إن

---

(١) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الـــدقائق للزيلعـــى ج٤ ص١٦ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٨-٢٦٩.

(٢) راجع: الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨-٣٧٩ ، والكافى فى فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٨ ، والمبدع فى شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٢ ، وكتاب الفروع لشمس الدين بن مفلح ج٤ ص٨٦ ، وكشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٦.

(٣) راجع : شرائع الإسلام للحلى ج٣ ص١٧٠ .

لم تنقد الثمن إلى كذا فلا بيع بيننا ، وتم الاتفاق على هذا الشرط ونشأ الخيـــار ، فـــالمبيع يصير مملوكا للمشترى والثمن للبائع.

ومن الجدير بالذكر أن هناك رأياً لبعض الحنابلة[1] يرى أنصاره أن ملك المبيع لا ينتقل عن البائع حتى تنقضي مدة الخيار ومعنى ذلك أن ملكية المبيع تظل للبائع إلا إذا تم إمضاء العقد ، أما إذا انتهت المدة ولم ينقد المشتري الثمن فلا تنتقل الملكية إليه ، وهـــذا بعكس خيار الشرط الذى تنتقل الملكية إلى المشترى عند انقضاء المدة إذا كـــان الخيـــار للمشترى وحده.

هذه هى آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد ،ولا أميل إلى أحد القولين . بل يبدو لي أن ملك المبيع يجب أن يكون لمن له الخيار ، فإذا كان الخيار للمشترى فالملك له ، وإن كان الخيار للبائع فالملك يثبت له؛ لأن اشتراطه الخيار دليل على عـــدم رضـــاه بإتمـــام العقد[2] . والله أعلم بالصواب.

ثانياً : أثر خيار النقد في زوائد المبيع :

المبيع قد يحصل له نماء خلال مدة خيار النقد، وهذا النماء يختلف من مبيع إلـــى آخر، والسؤال هنا : لمن يكون هذا النماء؟ هل يظل للبائع ؟ ، أم يصبح للمشـــترى ؟ أم يتوقف فيه حتى انتهاء الخيار؟

في هذه المسألة يظهر أن الفقهاء المجيزين لهذا الخيار لم يتفقوا على رأى واحد ، بل اختلفت آراؤهم على قولين:

القول الأول : للأحناف ، وقد تحدثوا عن الزيادة بإسهاب، وذكروا ذلك بمناســـبة الحديث عن زيادة المبيع في مدة خيار الشرط ، فقالوا إن الزيادة المتصلة المتولـــدة مـــن الأصل ، كالسّمن ونحوه إذا حدثت سقط الخيار بسببها ؛لأنها تمنع الرد ، وعلى ذلك فإذا حدثت الزيادة في المبيع فى زمن خيار النقد ؛ فعندئذ يسقط خيار المشتري إن كـــان هـــو صاحب الخيار؛ لأن هذه الزيادة تمنع الرد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، ومن ثم فلا ينفسخ العقد ، وإنما ينبرم ، وخالفهما فى ذلك محمد ؛ إذ قال إن الزيادة لا تمنع الرد ومن حق صاحب الخيار أن يمضى العقد أو يفسخه. [3]

---

(1) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨ ، ٣٧٩ .

(2) ذهب بعض المعاصرين إلى القول بأن الملك ينتقل إلى المشترى بنفس العقد. وهذا الرأي لايصلح تطبيقه الا عندما يكون الخيار للمشتري وحده .راجع خيار النقد للدكتور اشرف الخطيب مرجع سابق ص٢٢٣.

(3) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١٥ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين مـــن علماء الهند ج٣ ص٤٨ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص١٩٧.

أما إذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل ؛ كصبغ الثوب وخياطته وغير ذلك ، فهذا يعد مانعاً من الرد بإجماع الأحناف ؛ إذ يتم العقد، ويلزم ويسقط الخيار عن صاحبه ، كما يكون الأمر كذلك إذا كانت الزيادة أيضاً متولدة من الأصل ؛كالولد ،والتمر من النخل ،واللبن، والصوف، فهذه تمنع الرد وتبطل الخيار وينعقد العقد بسببها، فإذا كان الخيار للمشترى مثلاً وحدثت الزيادة المشار إليها أعلاه سقط خياره وانبرم العقد ووجب عليه دفع الثمن للبائع ، والحال كذلك إن كان الخيار للبائع في الصورة الثانية.

أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ؛ كالصدقة ،والهبة التي تمنح للمبيع ، فهذه الزيادة لا تمنع الرد ، ويبقى صاحب الخيار على خياره ، فله إمضاء العقد، أو فسخه فإن اختار الإمضاء فهي له مع الأصل .

أما إذا اختار الفسخ فقد قال أبو حنيفة إنها للبائع ؛ لأنه يجب ردها مع المبيع ، وخالفه في ذلك الصاحبان[١] ، وقالا هي للمشترى في كل الأحوال سواء فسخ العقد أم أجازه أما الأصل فيجب رده للبائع.

<u>القول الثاني</u> : للحنابلة في ظاهر المذهب والإمامية ، ويرى هؤلاء أن ما يحصل من زيادة منفصلة في المبيع خلال مدة الخيار هي للمشترى سواء فسخ العقد أم أتمه ، أما الزيادة المتصلة فهي تابعة للمبيع فإن تم إمضاء العقد كانت للمشترى [٢] ، وإن تم الفسخ فهي للبائع ، وهناك رأى للحنابلة يرى أنصاره أن الزيادة المنفصلة تكون للبائع في كل الأحوال[٣].

ولا أميل إلى أحد من القولين، حيث يبدو لي أن الزوائد يجب أن تكون لمن استقر له الملك إن كان الخيار لواحد من المتعاقدين ؛ إذ يتوقف فيها حتى يتبين المالك الحقيقي للمبيع ، وهذا هو الرأي[٤] الذي ظهر رجحانه عند الحديث عن زوائد المبيع في خيار الشرط ، وتم سلفا بيان سبب ترجيحه .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٩٨ ، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٧٢.

(٢) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٠ ، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠ ، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص٢٨٨ ، ووسائل الشيعة للعاملي ج٦ ص٣٥٥ ، وجواهر الكلام للنجفي ج٢٣ ص٣٩.

(٣) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠.

(٤) وهذا الرأي هو للزيدية كما ورد عند الحديث عن زوائد المبيع في خيار الشرط.

ثالثاً : أثر خيار النقد فى هلاك المبيع أو تعيبه

قد يهلك المبيع في مدة خيار النقد، ولكن هذا الهلاك قد يحدث له بعد أن يتسلمه المشترى، وقد يحدث قبل التسليم، والمبيع بيد البائع ، فإذا هلك المبيع قبل التسليم فهو من ضمان البائع ؛ لأن الضمان عند الفقهاء يرتبط بالتسليم ، وهذا ما قرره غالبية الفقهاء[١] .

أما إذا هلك بعد التسليم، أي فى يد المشترى فالضمان يقع على المشترى ، وهذه مسألة اتفق الفقهاء المجيزون لخيار النقد عليها إجمالاً ، ولكنهم اختلفوا حول خيار البائع والمشترى ومقدار الضمان ، وقد انقسمت آراؤهم على قولين :

القول الأول : للأحناف، وقد ميزوا بين خيار البائع، والمشترى فقالوا إن قبض المشترى المبيع، وكان الخيار له، وتلف المبيع بيده بطل خياره ، وصار العقد لازماً ، ويجب عليه أن يؤدى ثمن المبيع إلى البائع[٢]، وهذا يكون في الصورة الأولى لخيار النقد.

أما إذا كان الخيار للبائع، وهلك المبيع بيد المشترى، وهذا يحصل فى الصورة الثانية لخيار النقد ، فعندها يبطل البيع ، ويتوجب على المشترى دفع قيمة المبيع فى الرأي الراجح عند الأحناف[٣]، أو ثمنه إن كان له ثمن عند بعضهم[٤] .

أما إذا تلف المبيع بيد المشترى بعد أن مرت مدة خيار النقد وقبل أن يؤدى الثمن أو أتلفه هو ضمن قيمته أو بدله للبائع ، ويقع عليه الضمان كذلك إن تعيب المبيع بيده ، ويحق للبائع أن يأخذ المبيع بالعيب أو يطالب المشترى بالثمن[٥] .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠١، وأسنى المطالب للأنصاري ج٢ ص٥٤، والمجموع للنووي ج٩ ص٢٦٢، ٢٦٣، والمعونة على مذهب عالم المدينة لابن نصر المالكي ج٢ ص٦٩، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧٤، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج٣ ص١٠٣، وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ج١ ص١٧٠، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٧٩. ويلاحظ أن الحنابلة قد خالفوا الجمهور؛ إذ قالوا إن الضمان يقع على البائع فى حالة أن يكون المبيع بكيل أو وزن أو ذرع، وماعدا ذلك فالضمان على المشترى ، وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن أثر خيار الشرط فى هلاك المبيع . راجع : كشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٦.

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٠٢-٣٠٣ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٢ .

(٣) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٦ ، والمبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤٩.

(٤) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٤ ، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٠٢.

(٥) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٢.

وإلى هذا الرأي ذهب الإمامية؛ إذ جعلوا الضمان على المشترى إذا قبض المبيع دون أن يميزوا بين خيار البائع والمشترى[١] .

<u>القول الثاني</u> : للحنابلة ، وقالوا إذا هلك المبيع بيد المشترى بعد قبضه ؛ فيبطل خياره إن كان له الخيار ، ويقع عليه ضمان المبيع لتعذر الرد ، أما إذا كان الخيار للبائع فهناك روايتان للحنابلة، ترى الأولى إبطال خيار البائع بهلاك المبيع ، وترى الثانية عدم إبطال خيار البائع ، وله أن يختار الفسخ ، ويطالب المشترى بدفع قيمة المبيع، أو مثله إن كان مثلياً ، والرواية الأولى هى الصحيحة في المذهب[٢] .

وكذلك يقع على المشترى الضمان إذا قبض المبيع، وحدث له عيب في مدة الخيار[٣] .

رابعاً : أثر خيار النقد فى تسليم المبيع :

أجاز الفقهاء المجيزون لخيار النقد اشتراط تسليم المبيع للمشترى لغرض التجربة والاختبار ؛ كركوب الدابة لينظر سيرها أو الطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها، ونحو ذلك ؛ لأن المقصود من ذلك هو اختبار المبيع. [٤]

وعلى هذا الأساس فإنه يجوز للمشترى صاحب خيار النقد أن يشترط على البائع أن يسلمه المبيع لغرض التجربة والاختبار ، ويحق للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ، فإذا قام بالتجربة ثم نقد الثمن فهذا دليل على أنه قد أجاز العقد ، أما إذا رد المبيع بعد تجربته ، ومرت مدة الخيار دون أن ينقد الثمن فهذا دليل على أنه قد فسخ العقد.

على أن المشترى صاحب خيار النقد إذا بادر بالنقد وجب على البائع أن يدفع إليه المبيع إن كان المبيع تحت يد البائع. [٥]

---

(١) راجع : كتاب المكاسب للأنصاري ج٢ ص٢٥٤

(٢) راجع: كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٦ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٨٠ ، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٩٠ .

(٣) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٩٠.

(٤) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص٨١ ، وكتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٤١ ، وكتاب المكاسب للأنصاري ج٢ ص٢٥٤ .

(٥) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٢ .

وتسليم المبيع للمشترى لا يكون في كل الأحوال بالاشتراط ، فيجوز للبائع أن يبادر بتسليم المبيع للمشترى طواعية واختياراً[1] ، وهذا الأمر مباح عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار.

وعلى ذلك يحق للبائع أن يسلم المبيع للمشتري ، ويظل المبيع عند المشتري خلال مدة خيار النقد ؛ فان قام المشتري بنقد الثمن صار المبيع ملكا له من تاريخ العقد ، وإن مرت مدة الخيار دون أن يدفع ثمن المبيع ؛ فعندئذ يجب عليه أن يرد المبيع كما قبضه ، وينفسخ العقد ، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

---

(١) راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١٠ ، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٩٨.

المطلب الثاني
آثار خيار النقد في القانون المدنى اليمني

في هذا المطلب سيتم دراسة آثار خيار النقد في القانون المدنى اليمنى ، وذلك في ضوء آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد ، بهدف استخلاص الاتجاه الفقهي الذى أخذ به المشرع اليمنى ، ومدى صوابه ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : أثر خيار النقد في صفة العقد وانتقال الملك :

لم يتعرض المشرع اليمني لأثر خيار النقد في صفة العقد ، وذلك في الأحكام التي وردت في المواد المتعلقة بخيار النقد (٥٥٥ و٥٧٧ و٥٧٨) ، وإنما تناول هذا الأمر في القواعد العامة، وتحديداً في المادة (٥٢٤) التي بينت الأثر الذى يحدثه الخيار فى صفة العقد ، حيث نصت على أنه : " إذا انعقد البيع نافذا غير لازم بأن كان فيه خيار لأحد المتعاقدين ، أو لهما معا فلا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من له الخيار في مدته أو سقط خياره " .

والواضح من هذه المادة أن البيع يصير غير لازم إذا دخله خيار لأحد العاقدين ، وبذلك فإن دخول خيار النقد على العقد اللازم يفقده اللزوم ، ويصير غير لازم فى حق من له خيار النقد سواء أكان الخيار للمشترى فى الصورة الأولى أم كان للبائع في الصورة الثانية ؛ لأن الخيار أمر طارئ على العقد ، وهو ينقل العقد من اللزوم إلى عدم اللزوم بالنسبة لمن له الخيار ، ويظل العقد على هذه الصفة حتى تمر مدة الخيار ، أو يسقط الخيار بواحد من المسقطات ، وعلى هذا الأساس فالعقد لا يستمر في عدم اللزوم طويلا ؛ لأن الخيار عارض فإذا زال العارض عاد العقد إلى الأصل، وهو اللزوم ، وبذلك يتضح أن موقف القانون اليمني لا يختلف عن موقف الفقهاء المجيزين لخيار النقد .

أما بالنسبة لأثر هذا الخيار فى انتقال الملك ، فلم يتعرض له المشرع اليمنى فى المادة (٥٥٥) بل ترك ذلك للقواعد العامة ، والقاعدة العامة أن العقد المشمول بخيار من الخيارات لا تترتب عليه آثاره ؛ إذ يظل المبيع مملوكاً للبائع طوال مدة الخيار.

وهذا الأمر ذكرته المادة (٥٢٤) سالفة الذكر ، وعلى هذا الأساس فإن المبيع يظل مملوكاً للبائع خلال مدة خيار النقد ، ولا ينتقل إلى المشترى صاحب خيار النقد إلا إذا قام المذكور بنقد الثمن فعندئذ يجب على البائع أن يسلّم المبيع للمشترى.

ويظل المبيع كذلك مملوكاً للبائع في الصورة الثانية من صور خيار النقد ، وهذا ما ذكرته المادة (٥٧٨) فى فقرتها الرابعة ؛ إذ نصت على أن : "يستقر المبيع فى ملك المشترى وبه يستحق الشفعة إذا أمضى البائع البيع أو انقضت المدة دون رد".

وبمفهوم المخالفة لهذا النص يتضح بجلاء أن المبيع يظل معدوداً من ضمن أملاك البائع خلال مدة خيار النقد ، ولا ينتقل إلى المشترى إلا فى حالتين :

<u>الحالة الأولى</u> : عندما يمضى البائع البيع ، وهنا يصبح المبيع مملوكاً للمشترى ؛إذ يصير العقد لازما للطرفين ؛ لأن البائع قد أسقط خياره بمحض إرادته، وبذلك صار المبيع مملوكاً للمشترى.

<u>الحالة الثانية</u> : إذا مضت مدة الخيار دون أن يرد البائع الثمن إلى المشترى ، فعندئذ ينتهي الخيار بانتهاء المدة المضروبة ؛ لأن العقد يكون غير لازم طوال مدة الخيار ؛ فإذا انقضت المدة صار العقد لازماً ، وتملك المشترى المبيع ، وتملك البائع الثمن.

ومما سلف يتضح أن خيار النقد يؤثر تأثيراً واضحاً في انتقال الملك حيث يعد هذا الخيار مانعا من انتقال الملك ؛ إذ لا تنتقل ملكية المبيع عن البائع مادام الخيار مقترنا بالعقد.

وبالموازنة بين موقف القانون اليمنى فى المواد سالفة الذكر ، وآراء الفقهاء المجيزين يتضح أن المشرع اليمني قد جعل المبيع مملوكاً للبائع خلال مدة خيار النقد ، وفى ذلك لم يتفق موقفه مع رأى المجيزين لهذا الخيار، وكان الأفضل أن ينظم المشرع هذه المسألة بالاستناد إلى رأى المجيزين لهذا الخيار، ولاسيما الرأي الذي يرى أنصاره أن ملكية المبيع تكون لمن له الخيار، حيث تكون للمشتري؛ لأن له الخيار في الصورة الأولى، وتكون ملكية المبيع للبائع في الصورة الثانية ؛ لأنه صاحب الخيار ، وهذا هو رأي الزيدية ، وهو الذي تبين راجحانه كما تقدم .

<u>ثانياً: أثر خيار النقد فى زوائد المبيع</u>

فى زوائد المبيع الحاصلة فى زمن خيار النقد ، يلاحظ أن المشرع اليمنى قد جعلها للبائع ، حيث ورد ذلك صراحة فى المادتين (٥٧٧) و (٥٧٨) ، فالمادة (٥٧٧)

نصت في شطرها الأخير على أن : "...تكون فوائد المبيع للبائع في مدة الشرط" ، ونصت الفقرة الثالثة من المادة (٥٧٨) على أنه : "إذا اقترن العقد بشرط الغلة للمشترى في مـــدة الشرط بطل العقد والشرط معاً".

وبناءً على هذه النصوص فالزوائد تكون للبائع سواء تم إمضاء العقد أم تم فسخه ، وقد هدف المشرع من ذلك سد باب الربا الذى قد يحصل عندما تكون الزوائد للمشترى ؛ لأن ذلك سيؤدى إلى قرض يجر منفعة .

ومع ذلك يبدو أن موقف المشرع لم يكن صائباً في هذه المسألة ؛ فقد كان من الأفضل أن يحكم على هذه الزوائد بالتوقف حتى يتبين المالك الحقيقي للمبيع ، وليس في هذا الأمر صعوبة فعند انتهاء مدة الخيار سيظهر المالك ، فإذا استعمل البائع خياره ورد المبيع فالزوائد تكون له ، ويجب عليه أن يدفع نفقتها من تاريخ العقد ؛ لأنه تبين أنها ملكه منذ ذلك التاريخ ، أما إذا لم يستعمل البائع خياره ، وفاتت المدة فعندئذ يـــسقط خيـــاره ، وتصير الزوائد للمشترى من تاريخ العقد ، وعليه كذلك نفقتها ومؤنتها وحفظهـــا وغيـــر ذلك، وهذا مسلك فقهي تبين رجحانه سلفاً ، وتم ذكر مسوغات الترجيح في حينها .

ومن الجدير بالذكر أن موقف المشرع هذا ينطبق فقط على الصورة الثانية مـــن صور خيار النقد ، أما الصورة الأولى التى يكون فيها الخيار للمـــشترى ، فلـــم يـــنظم المشرع الزوائد بنصوص خاصة، بل ترك أمرها للقواعد العامة ، والقواعد العامة نصت على أن ملكية المبيع تظل للبائع خلال مدة الخيار ، وهذا ما أشارت إليه المـــادة (٥٢٤) سالفة الذكر ، ومع ذلك لم تبين القواعد العامة حكم الزوائد ، ولكن يظهر أنها تكون للبائع مادام أن المشرع قد جعل أصل المبيع ملكا للبائع ؛ ولذلك يبدو أن الزوائد تتبـــع المبيـــع وتكون للبائع كذلك .

<u>ثالثاً :أثر خيار النقد في هلاك المبيع</u>

أشار المشرع اليمنى إلى مسألة الهلاك في صورة خيار النقد الثانية ، وقـــرر أن المبيع إذا هلك بعد أن يقبضه المشترى في مدة الشرط فتبعة الهلاك تقع على المشترى ، إلا إذا كان الهلاك بسبب لا يد له فيه ، فعندئذ تقع تبعة الهلاك على البائع بوصفه المالك لهذا المبيع.

وهذا ما ذكرته المادة (٥٧٨) في الشطر الأخير من الفقرة الأولى ؛ إذ نصت على أن المبيع إذا تلف "في يد المشترى في مدة الشرط بسبب لا يد له فيه تلف علـــى البـــائع"

لكن الملاحظ فى المادة (٥٥٥) أن المشرع اليمنى لم يشر إلى مسألة التلف، وترك الأمر للقواعد العامة ، والقواعد العامة تقضي بأن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم كما تقـدم شـرح ذلك عند الحديث عن تبعة الهلاك في خيار الشرط.

وبذلك يتضح أن موقف المشرع اليمنى هنا لا يختلف عن رأى الفقهاء المجيـزين لخيار النقد ؛ لأنه قد جعل تبعة الهلاك ملقاة على عاتق المشترى إذا قبض المبيع، وهلك عنده.

رابعاً :أثر خيار النقد فى تسليم المبيع :

أشار المشرع اليمنى إلى مسألة تسليم المبيع فى المادة (٥٥٥) من القانون اليمنى التى نصت فى شطرها الثانى على أنه : "...إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب أن يفسخ البيع ما لـم يوجـد اتفاق يقضى بغير ذلك".

ويفهم من هذا النص أنه لابد من تسليم البدلين فى الموعد المتفق عليه من الطرفين ؛ إذ يجب أن يكون هناك ميعاد لدفع الثمن، وتسليم المبيـع ، ولا ينطبـق حكـم المـادة المذكورة إذا اختلف ميعاد تسليم المبيع عن ميعاد تسليم الثمن[١] ؛ إذ لابد أن يكون هناك ميعاد واحد لدفع الثمن، وتسليم المبيع ، حيث إن حكم المادة(٥٥٥) لا ينطبق إذا حـدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع ، وعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً فـي الحال ، ودفع الثمن واجبا في الميعاد المحدد ، وينطبق حكم المادة (٥٥٥) إذا حددا ميعادا لتسليم المبيع دون أن يحددا ميعاداً لدفع الثمن ؛ إذ يكون الثمن واجب الدفع في الميعـاد المحدد لتسليم المبيع ، كما ينطبق حكم المادة (٥٥٥) إذا كان موعد دفع الثمن يسبق موعد تسليم المبيع ؛ لأنه من غير اللائق أن يكون موقف البائع عندما يكون الثمن واجبـا قبـل التسليم أسوأ من موقفه عندما يكون الثمن والتسليم واجبين معا، وهذا ما ذهب إليه بعـض شراح القانون[٢]، وذهب بعضهم إلى عكس ذلك ؛حيث قالوا إن حكم المـادة (٥٥٥) لا ينطبق عملا بحرفية النص[٣]، أما إذا كان موعد تسليم المبيع يسبق موعد دفع الثمن ؛ فلا ينطبق حكم المادة المذكورة ، وعلى ذلك إذا تخلف المشتري عن دفـع الـثمن وجـب

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ، الكتاب الثالث ص٢٥٥.

(٢) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص٧٣٨ .

(٣) راجع: شرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل ، مرجع سابق ص٣١٣ .

الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي لا تجيز للبائع فسخ العقد بإرادته المنفردة، بل لابد من صدور حكم قضائي بذلك[١] .

وبالموازنة بين موقف الفقهاء ، وما ذهب إليه المشرع اليمني ، وما قاله شـــراح القانون المدني ، يتضح أن المشرع اليمنى لم يجز للبائع أن يسلم المبيع للمــشترى قبـل الموعد المحدد لتسليم البدلين ، بل ربط تسليم البدلين بالموعد المتفق عليه من العاقـدين، وفى ذلك يختلف موقفه عن موقف الفقهاء المجيزين الذين أجازوا تسليم المبيع للمــشتري طــواعية ، أو تسليمه بالاشتراط ، فكما أجاز الفقهاء اشتراط نقد الثمن أجـــازوا كــذلك اشتراط تسليم المبيع ، ويكون ذلك بالاتفاق بين الطرفين ؛ إذ يكون الخيار للبائع ، وله ان يسلم المشتري المبيع في خلال مدة الخيار ، وإذا لم يقم بالتسليم يسقط خيـــاره، وينفــسخ العقد ، ويجب أن يرد الثمن إذا كان قد قبضه ، ورأي شراح القانون يتفق مع رأي الفقهاء إلى حد مـــا ؛ فشراح القانون قالوا يجوز الاتفاق على موعد لتسليم المبيع ، ويكون الثمن واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع ، والاتفاق على موعد لتسليم المبيع أمر متروك لرضا الطرفين .

أما بالنسبة للصورة الثانية من صور خيار النقد ، وهى التى يكون فيهـــا الخيـــار للبائع برد الثمن أو عدمه ، فتسليم المبيع يكون هنا بمجرد الاتفاق على العقــد المــشمول بشرط خيار ارتجاع المبيع ؛ إذ يتسلم المشترى المبيع، ويدفع الثمن إلى البائع ، فهنا تسليم البدلين يتم عند التعاقد ، ولكن العقد غير نافذ فى حق البائع صاحب الخيار ، ويحق له رد الثمن فى خلال مدة الخيار وهذا ما ذكرته المادة (٥٧٧) فى شرطها الأخير إذ نصت على أن البائع: "إذا رد للمشترى الثمن رد له المشترى المبيع وله حكم خيار الشرط".

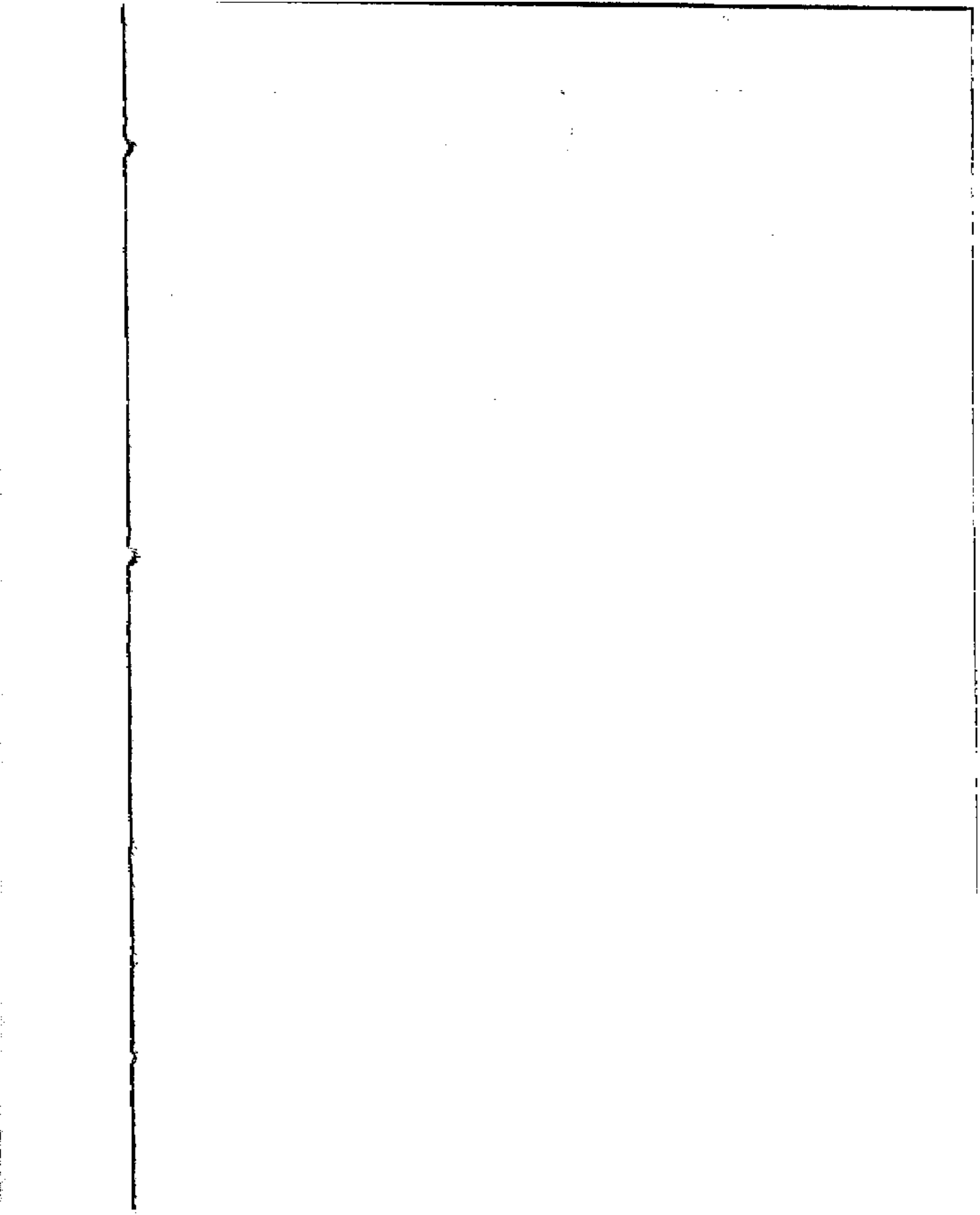
وعلى هذا الأساس يتضح أن الرد يأتي بعد التسليم ؛ لأن البائع لا يــستطيع أن يـــرد الثمن ، إلا إذا كان قد تسلمه من قبل ، وكذلك المشترى لا يستطيع رد المبيع إلا إذا كان قد تسلمه من قبل ، وعلى ذلك فالمادة (٥٧٧) قد افترضت أن تسليم البدلين قد تم من قبل الطرفين ، وبذلك يظهر أن موقف المشرع اليمني في هذه الصورة يتفق مع رأي الفقهاء المجيزين لخيار النقد.

---

[١] تنص المادة ٢٢١ من القانون المدني على أن: "عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين إذا لم يــف أحــدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحالتين ويجوز للقاضي أن يمنح الملتزم أجلا للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك ..."

خامسا : موازنة بين موقف القانون المدني اليمني وآراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد:

يتضح مما سلف أن المشرع اليمني قد ذكر بعض الآثار المترتبة على دخول خيار النقد في العقد اللازم الذي يحتمل الفسخ ، ومنها صفة العقد المقترن بخيار النقد ، وتسليم المبيع في زمن الخيار ، ولكنه مع ذلك لم يذكر بعض الآثار المهمة ؛ كزوائد المبيع ، ولم يعالج بعض الآثار بصورة واضحة ؛ كملكية المبيع أو تعيبه ، وعلى ذلك فالواضح أن نصوص القانون يشوبها القصور في هذه المسألة ؛ ولذلك يبدو أنه يتوجب على المشرع ان يعالج آثار خيار النقد بذلك العلاج الذي وصفه الفقهاء المجيزون لهذا الخيار ، ولا يركن دائما إلى القواعد العامة ؛ لأنها لا تتضمن تفاصيل وافية وشافية عن مسائل الخيار ، وخاصة الخيارات الشرطية بما فيها خيار النقد .



المبحث الثاني
مسقطات خيار النقد

تمهيد وتقسيم :

هناك عدد من الأمور التى يسقط بسببها خيار النقـد ، وهـذه الأمـور تـسمى بالمسقطات ، وهى تتشابه مع المسقطات التى يسقط بسببها خيار الشرط ؛ ولذا سـأكتفي بذكر هذه المسقطات عند الفقهاء المجيزين لخيار النقد ، وفي القانون المـدنى اليمنـى ، وتفصيل ذلك يأتي في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول :مسقطات خيار النقد عند الفقهاء المجيزين له.

المطلب الثاني:مسقطات خيار النقد في القانون المدنى اليمني

ومسألة الفسخ والإجازة من الأمور التى لا خلاف حولها بين الفقهاء المجيزين لهذا الخيار ، غير أن الخلاف يظهر بينهم حول العلم بالفسخ ؛ إذ تباينت آراؤهم على قولين:

القول الأول : لأبى حنيفة، ومحمد ، ويرى هؤلاء أن صاحب خيار النقد إذا فسخ العقد يجب عليه أن يعلم الطرف الآخر ، أما إذا تم الفسخ دون أن يتم إخطار الطرف ؛ فالفسخ يكون موقوفاً ، وهذا فى حالة الفسخ بالقول أما بالفعل فيجوز لصاحب الخيار الفسخ دون إخطار الطرف الآخر[1] ، وقد سبق تفصيل هذا الأمر عند الحديث عن مسقطات خيار الشرط.

القول الثاني : للحنابلة، والشيعة الإمامية، ويرى أصحاب هذا القول أنه يجوز لمن له الخيار أن يفسخ العقد فى محضر من صاحبه أو فى غيبته ؛ لأن صاحب الخيار قد استخدم حقه وفسخ العقد بناءً على حقه الذى ثبت له بموجب خيار النقد[2] ، وقد تم ترجيح ما ذهب إليه الأحناف عند الحديث عن مسقطات خيار الشرط ، وتم ذكر المسوغات التى دفعتني إلى ترجيح هذا القول ، وما ورد هناك ينطبق على هذه المسألة، والله أعلم بالصواب .

ثانياً : انتهاء مدة خيار النقد :

من المعلوم أن لخيار النقد مدة معينة يحددها الطرفان ، ولذلك فقد تنتهي هذه المدة دون أن يقوم المشترى بنقد الثمن ، فهنا يسقط خياره وينفسخ العقد عند الحنابلة [3] والإمامية [4]، وبعض الأحناف[5] .

ومع ذلك يرى الأحناف في الرأي الراجح عندهم أن مدة خيار النقد إذا فاتت دون أن يقوم صاحب الخيار بالنقد يفسد العقد ، وهذا بالنسبة للصورة الأولى من صور خيار

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤٤ ، والفتاوى الهندية ج٣ ص٤٢ .

(٢) راجع : الكافى فى فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٧ ، وكشاف القناع للبهوتى ، ج٣ ، ص٢٠٥ ، ومنهاج الصالحين للخولي ج٢ ص٣٥،٣٧ ، وشرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠ .

(٣) راجع : المغنى لابن قدامة ج٤ ص١٢٩ .

(٤) راجع : تذكرة الفقهاء للحلى ج٧ ص٣٢٩ .

(٥) ذكر ابن عابدين أن بعض الأحناف يرون أن العقد ينفسخ بمرور المدة، ولا يفسد ، راجع : حاشية رد المحتار ج٧ ص١١٧-١١٨.

النقد، وهى التي يكون فيها الخيار للمشترى ، وفى هذا الصدد جاء فى الفتاوى الهندية(١) :
" ولو مضت الأيام الثلاثة ولم ينقد الثمن فالصحيح أنه يفسد العقد ولا ينفسخ".

وعلى هذا الأساس فإذا مرت مدة الخيار دون أن يدفع المشترى الثمن فالبيع عند الأحناف فى الصحيح من مذهبهم يكون فاسداً (٢) فإذا بقي المبيع على حاله يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد ؛ إذ يحق للبائع أن يسترد المبيع إذا كان بيد المشتري ، أما إذا تعيب المبيع، أو هلك في يد المشتري فخياره يسقط ، ولا يبقى له حق الفسخ ، وعندئذ يخير البائع إن شاء استرد المبيع ، ولا شيء له من الثمن ، وإن شاء تركه، وأخذ الثمن المسمى(٣) .

وعلى هذا الأساس يسقط خيار المشترى إذا مضت مدة خيار النقد دون أن يدفع الثمن، ولكن مع ذلك لا يصير العقد لازما في حق الطرفين، وهذا بعكس خيار الشرط الذى يصير العقد لازماً بمضي مدة الخيار، وهذا الأمر ينطبق على الصور الأولى لخيار النقد .

---

(١) لنظام وآخرين ج٣ ص٣٩ ، راجع كذلك : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٧ .

(٢) يلاحظ أن فقهاء الأحناف قد ميزوا بين العقد الباطل والفاسد ، أما بقية المذاهب فالعقد الفاسد والباطل عندهم سواء ، وعلى ذلك فالعقد الفاسد عند الأحناف هو المشروع بأصله دون وصفه ، أي المشروع أصلا لا وصفاً، والمعنى أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته، وفاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة؛ فيكون البيع فاسدا إذا كان المبيع أو الثمن كله أو بعضه مجهولا مثلا أو لم يسم الطرفان الثمن ، أو كان الأجل الذي سيدفع فيه الثمن مجهولا أو بيع المجهول مثل دار من دور أو كتاب من كتب ، والبيع الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض وكان مالاً متقوماً ، أي أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكاً له فإذا هلك المبيع بيعا فاسداً عند المشتري فعليه الضمان في المثلي يلزمه مثله، وفي القيمي يلزمه قيمته يوم القبض ، أما البيع الباطل فهو مالايصح أصلا ، أي غير الصحيح بحسب الأصل والذات فلو قبض المشتري في البيع الباطل المبيع بإذن البائع فلا يصبح له مالكاً ، ويكون كأمانة عنده بعكس البيع الفاسد ، أما لو قبض المشتري المبيع دون إذن البائع فيعد غاصباً له . راجع : ملتقى الأبحر للحلبي ج٢ ص١٩ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٩٤ ، ص٣٢٧ ، ٣٣٤ ، والمواد١٠٩ ، ٣٧١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) راجع : شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم الباز ، مرجع سابق ص١٦٦ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٢ ، وقد نصت المادة (٣١٤) على أنه "إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسداً".

أما بالنسبة للصورة الثانية وهى التى يكون فيها الخيار للبائع فإذا مرت مدة خيار النقد سقط خيار البائع وامتنع الفسخ وصار العقد لازماً للطرفين [١] ، وهذا بعكس الصورة الأولى .

وخلاصة القول في هذا الشأن أن المدة إذا انتهت سقط خيار النقد سواء أكان للمشترى أم للبائع ؛ لأن هذا الخيار قد قام على الشرط ولمدة محددة وبقاء الخيار فى غير مدته المشروطة لا يجوز ؛ لأن المدة مؤقتة ؛ كسائر المؤقتات ؛ ولأن الأصل فى البيع اللزوم ، وإنما ارتفع اللزوم بسبب الشرط ، والشرط عارض فإذا زال العارض سقط الخيار[٢] ؛ ففي الصورة الأولى ينفسخ العقد، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا ما ذكره غالبية الفقهاء المجيزين لخيار النقد ، وقولهم هو الراجح ؛ لأن فوات المدة مع عدم النقد دلالة على أن المشتري قد خالف شرط خيار نقد الثمن ؛ فوجب فسخ العقد بفوات المدة ؛ لأن هذا الشرط قد احتوى على تقدير فسخ العقد عند عدم النقد ، أما في الصورة الثانية فلا ينفسخ العقد ، وإنما يلزم بمضي المدة ؛ لأن فواتها دون أن يستعمل البائع خياره دليل على أنه لا يريد ارتجاع المبيع ، ومن ثم يصير العقد لازما في حقه لكون هذه الصورة لا تختلف عن خيار الشرط في هذا الأمر .

ثالثاً : موت صاحب خيار النقد :

اختلف الفقهاء المجيزون لخيار النقد حول مسألة سقوط خيار النقد بسبب موت من له الخيار ، حيث تباينت آراؤهم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للأحناف، ورأيهم هنا مبني على ما قالوه فى خيار الشرط[٣] ،وهو الأصل ، وعلى ذلك يسقط خيار النقد عن صاحبه إذا مات فى المدة المعينة للخيار ، ولا

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١١٧ ، ومنهاج الصالحين للخوئى ج٢ ص٣٥ ، وجاء فيه: " فإذا مضت مدة الخيار لزم البيع وسقط الخيار وامتنع الفسخ " ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٣٨ ، وجاء فيها : " وإن خرجت المدة ولم يأت بالثمن الذي قبضه من المشتري سقط خياره ووجب البيع للمشتري " .

(٢) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٣٣ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٨٠ ، والمبدع فى شرح المقنع ج٤ ص٧٠.

(٣) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٤٢ ، كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٥ .

ينتقل إلى ورثته، ومن ثم يبطل البيع[١] ، فإذا كان الخيار للمشترى ومات قبل مرور المدة ، وقبل أن يدفع الثمن فقد سقط خياره، ولا ينتقل إلى ورثته ؛ لأنه من الحقوق المجردة التي لا تقبل الانتقال ، وهنا يبطل البيع، وليس للوارث أن يؤدى الثمن، ويأخذ المبيع، وإنما يجب عليه رد المبيع إلى البائع إن كان مورثه قد تسلمه قبل موته[٢] ، وقد ذكرت مجلة الأحكام العدلية هذا الأمر؛ إذ نصت المادة ٣١٥ منها على أنه : "إذا مات المشتري بخيار النقد في أثناء مدة الخيار بطل البيع "

القول الثاني: للحنابلة على قول، والشيعة الإمامية ، ويرى أنصار هذا القول أن صاحب الخيار إذا مات في مدة الخيار انتقل الخيار إلى ورثته ، وهذا الكلام ذكروه بمناسبة الحديث عن موت صاحب خيار الشرط [٣] ،وينطبق ذلك على موت صاحب خيار النقد ؛ لأن البيع بخيار النقد بمنزلة البيع بشرط الخيار عند هؤلاء الفقهاء ؛ ولذلك فإذا مات صاحب خيار النقد لم يسقط خياره، بل ينتقل إلى ورثته إن كان له ورثة، ولهم الحق في الاختيار، أي في إمضاء العقد، أو فسخه ، وقد ذكر أصحاب هذا القول عدداً من الأدلة تم ذكرها سلفاً[٤]

القول الثالث : للحنابلة في ظاهر المذهب[٥] ، وقالوا ينتقل الخيار إلى الورثة إذا طالب به صاحبه قبل موته ، أما إذا لم يطالب ، ومات فلا يورث ،ويسقط خياره .

وبناءً على ما سلف فإن الخلاف بين الفقهاء يرتبط بمسألة توريث الحقوق والأموال ، وقد تقدم شرح ذلك عند الحديث عن مسقطات خيار الشرط ، وتم ذكر أوجه الخلاف وأدلة الفقهاء ، وتبين رجحان الرأي القائل بتوريث الخيار[٦]، وعلى ذلك فإن خيار النقد ينتقل إلى الورثة إذا مات مورثهم ، ويحق لهم ممارسة الخيار خلال مدة الخيار ، كما يجوز لهم الاتفاق مع الطرف الآخر على تمديد مدة الخيار.

---

(1) راجع : كتاب الأصل لمحمد الشيباني ج١ ص١٢٥ ، والبحر الرائق ، شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٠ ؛ وتحفة الفقهاء للسمرقندى ص٤٩ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٣. ويلاحظ أن العقد يبطل عند وفاة صاحب خيار النقد في حين أن العقد لا يبطل بموت صاحب خيار الشرط ؛إذ يصير لازماً في حق الطرفين، وهذا ما ذكره الأحناف صراحة.

(2) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٦٢ .

(3) راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٩٣ ، ومنهاج الصالحين للخوئي ج٢ ص٣٦.

(4) تقدم ذلك في ص٢٠٤ من البحث .

(5) راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٧٦ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ص١٧٢.

(6) ذهب الدكتور اشرف الخطيب في بحثه خيار النقد ص٢٤٧ إلى القول بعدم توريث خيار النقد بحجة أن الموجب لإمضاء العقد هو نقد الثمن من المشتري ولا يتصور ذلك من الورثة، وهذا القول لايتفق مع طبيعة خيار النقد الذي يتعلق بالمال أكثر من تعلقه بالشخص.

رابعاً : الجنون وحالات الغيبوبة :

لم تتفق كلمة الفقهاء المجيزين لهذا الخيار حول هذه المسألة حيث تباينت آراؤهم على قولين :

القول الأول : للأحناف ، ويرون أن خيار النقد يسقط عن صاحبه إذا أغمى عليه أو جن، أو ارتد عن الإسلام ، ولاسيما إذا استمر جنونه، أو إغماؤه خلال مدة الخيار فإذا أصاب صاحب الخيار عارض من هذه العوارض خلال مدة الخيار، فإن خياره يسقط عنه ، ولا ينتقل إلى الولي، أو القيّم ، لكن إذا زال العارض خلال مدة خيار النقد فمن حق صاحب الخيار أن يمارس خياره فيما بقي له من المدة[1] ، وقد تم عرض هذا الأمر تفصيلاً عند الحديث عن مسقطات خيار الشرط، وما ورد هناك يسرى هنا.

القول الثاني : للحنابلة، والإمامية، ويرى هؤلاء أن خيار النقد لا يسقط عن صاحبه إذا ذهب عقله، أو أغمى عليه ، ومن ثم فإن خياره ينتقل إلى وليه، أو الحاكم ، ويقوم هذا الولي بفعل ما فيه المصلحة لصاحب الخيار؛ إذ يتولى الفسخ، أو الإجازة بدلاً من المجنون، أو المغمى عليه[2].

وبناء على رأي أصحاب هذا القول ؛ فإن صاحب خيار النقد إذا جُن، أو أغمى عليه خلال مدة خيار النقد فخياره لا يسقط بل ينتقل إلى الولي ،أو الحاكم، ويفعل الأخير ما فيه الحظ من الفسخ أو الإجازة.

خامساً : هلاك المبيع أو تعيبه :

يسقط خيار النقد بسبب هلاك المبيع، أو تعيبه خلال مدة الخيار ؛ فإذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى ، فالخيار هنا يسقط سواء أكان للمشترى أم للبائع[3] ، أما إذا قبض المشترى المبيع، وهلك بيده فخياره يسقط إن كان خيار النقد لـه، ويلزم البيع ، ويجب عليه أن يدفع الثمن المسمى للبائع ، أما إذا كان الخيار للبائع، وهلك المبيع

---

(١) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٥ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٠ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٣.

(٢) راجع : كشاف القناع للبهوتي ، وشرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠ .

(٣) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣٠٣ ، وشرائع الإسلام للحلي ج١ ص١٧٠.

بيد المشترى فلا يسقط خيار البائع ؛ لأن المبيع يبقى قائماً بالمعنى ، ويجب الضمان على المشترى[١]

و يسقط خيار النقد كذلك بسبب العيب الذى يحصل للمبيع فى زمن الخيار ، فـــإذا قبض المشترى المبيع، وحصل له عيب فى يده، وكان الخيار له سقط خياره[٢] ؛ ووجب عليه أن يدفع الثمن ، والبائع مخير بين أخذ المبيع معيباً، ولا شيء له من الثمن ، أو أخذ الثمن من البائع[٣] .

هذه هى أهم مسقطات خيار النقد ، وقد حاولت استخلاصها من كـــلام المجيـــزين لهذا الخيار ، بهدف إبراز الأحكام الخاصة بخيار النقد ، لكونه يعد خياراً قائماً بذاته مـــع ما فى أحكامه من تشابه كبير بخيار الشرط.

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٠٣ .

(٢) راجع : كشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٧ ، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠.

(٣) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٢.

خيار الشرط وتكون فوائد المبيع للبائع فى مدة الشرط" .

والإجازة ، كما أنه في مسألة علم العاقد الآخر بالفسخ قد أخذ برأي الأحناف ،وهذا هو الاتجاه الفقهي الذي ظهر رجحانه سلفا وأيدته ، والله أعلم بالصواب.

ثانياً : انتهاء مدة خيار النقد :

إن خيار النقد مثله مثل خيار الشرط لابد له من مدة محددة ، وهذا ما اتفق عليه فقهاء المسلمين المجيزين للخيارين ،وذهب إلى ذلك القانون المدني اليمني .

وسقوط خيار النقد بسبب انتهاء المدة ، بينّه المشرع اليمنى في المادتين (٥٥٥) ، (٥٧٨) حيث أشارت المادة (٥٥٥) إلى أن انقضاء المدة يؤدى إلى سقوط خيار المشترى، حيث ينفسخ العقد بقوة القانون، وهذا هو الأصل العام لظاهر نص المادة المذكورة التي جاء فيها أن العاقدين إذا اتفقا "على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب أن يفسخ البيع".

وبناءً على ذلك فإن مدة خيار النقد إذا فاتت دون أن يدفع المشترى الثمن ينفسخ العقد بقوة القانون ، ولا يقع على البائع أن يخطر المشترى ، وفى هذا الصدد ذهب بعض شراح القانون إلى تسويغ مسلك القانون هذا ؛ فذكروا أن العقد ينفسخ بعد انتهاء المدة التي اتفق عليها الطرفان ؛ لأن الاتفاق الحاصل بينهما هو بمثابة الشرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة ، وبسببه ينفسخ البيع من تلقاء نفسه ، ولا حاجة إلى حكم محكمة أو إنذار بالفسخ[1] .

ومع ذلك أجازت المادة المذكورة للبائع أن يختار غير ذلك ؛ فله أن يتمسك بحكم نص المادة المذكورة، ويفسخ البيع ، وله أيضاً أن يمضى البيع ، ويطالب المشترى بتنفيذ البيع على الرغم من تأخر المشترى في دفع الثمن ، وله أن يمد الأجل المحدد لدفع الثمن[2] ؛ لأن هذه المادة لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وهذا ما يخص الصورة الأولى من صور خيار النقد.

---

(١) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى للدكتور/ السنهورى مرجع سابق ج٤ ص٣٣٧-٣٣٨ ؛ ونظرية العقد والإرادة المنفردة للدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي مرجع سابق ص٦٤٤-٦٤٥، وفسخ العقد فى ضوء القضاء والفقه للدكتور/ عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق ص٦٧-٦٨ ، والعقود المسماة للدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار ، مرجع سابق ص٢٥٣ .

(٢) راجع : شرح أحكام عقد البيع للدكتورين / محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل ، مرجع سابق ص٣١٤ .

بيد المشترى فلا يسقط خيار البائع ؛ لأن المبيع يبقى قائماً بالمعنى ، ويجب الضمان على المشترى[1]

و يسقط خيار النقد كذلك بسبب العيب الذى يحصل للمبيع فى زمن الخيار ، فـــإذا قبض المشترى المبيع، وحصل له عيب فى يده، وكان الخيار له سقط خياره[2] ؛ ووجب عليه أن يدفع الثمن ، والبائع مخير بين أخذ المبيع معيباً، ولا شيء له من الثمن ، أو أخذ الثمن من البائع[3] .

هذه هى أهم مسقطات خيار النقد ، وقد حاولت استخلاصها من كـــلام المجيـــزين لهذا الخيار ، بهدف إبراز الأحكام الخاصة بخيار النقد ، لكونه يعد خياراً قائماً بذاته مـــع ما فى أحكامه من تشابه كبير بخيار الشرط.

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٣٠٣ .

(٢) راجع : كشاف القناع للبهوتى ج٣ ص٢٠٧ ، والإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٨٠.

(٣) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٢.

المطلب الثاني
مسقطات خيار النقد في القانون المدني اليمني

خصص هذا المطلب لدراسة مسقطات خيار النقد في القانون المـــدني اليمنـــي ، وذلك من خلال ذكر المعالجات القانونية التي قدمها المشرع بصدد مسقطات هذا الخيـــار بهدف بيان المسلك الفقهي الذي سلكه القانون المدني اليمني ؛ وعلى ذلك ســيتم عــرض المسقطات التي ذكرها القانون المدني اليمني على النحو الآتي :

أولا : الإجازة أو الفسخ :

من المعلوم أن إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، وهذه المسألة أشار إليها المشرع اليمني في المادة (٥٥٥)[١] وهي التي ذكرت مسألة الاتفاق بين البائع والمشترى على ميعاد محدد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، ومنحت البائع الحق في فسخ العقد دون إعذار أو طلب .

والاتفاق الذي بين البائع والمشتري هو بمثابة الشرط الفاسخ كمـــا قـــال شـــراح القانون[٢]، أي بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلـــى رضا أو قضاء ، وعلى هذا الأساس يحق للمشتري، وهو صاحب الخيار هنا أن يستعمل خياره بالإجازة حيث يجوز له أن يجيز العقد صراحة بأن ينقد الثمن في المـــدة المتفـــق عليها ؛ كأن يقول نقدت الثمن، وأجزت العقد ، أو يجيز العقد دلالة ؛ كأن يسلم الثمن إلى البائع ، وعندئذ يسقط خياره، ويصير العقد لازماً للطرفين ، وهذا الأمر ينطبق فقط على الصورة الأولى التي يكون فيها الخيار للمشترى .

ومع أن مسالة الإجازة يسهل استنباطها من نص المادة (٥٥٥) فإن الفسخ يعد أمراً غامضاً في المادة المذكورة مما يجعلني أطرح السؤال الآتي: هل يجوز للمشتري أن يفسخ العقد صراحة، أو ضمنياً في مدة الخيار أم أنه لا يجوز له ذلك ؟

---

(١) نصت المادة (٥٥٥) في شطرها الثاني على أنه" إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيـــع وحـــل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب ان يفسخ البيع ...".

(٢) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ج٣ ص٧٣٧ .

في الحقيقة لم يعط المشرع جواباً واضحاً وكافياً لهذا السؤال ، ولكن يظهر من أقوال شراح القانون أنه لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد في مدة الخيار ؛ إذ له الإجازة دون الفسخ ، والشاهد على ذلك ما ذكروه.بمناسبة الحديث عن الإخلال الذي يقع من جانب البائع في تنفيذ التزاماته بالتسليم ؛ حيث ذكروا أنه يجوز للمشتري أن يحبس الثمن، ولا يدفعه للبائع إذا كان الإخلال من جانب البائع في تنفيذ التزامه بالتسليم ، وليس من جانب المشتري في الوفاء بالثمن ، ومع ذلك قالوا لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يعتبر العقد مفسوخاً بل يتعين عليه أن يلجا إلى القضاء طالبا الفسخ[1] ؛ لأن حكم المادة (٥٥٥) مقرر لمصلحة البائع دون المشتري.

وبذلك يتضح أن موقف المشرع اليمني ، وشراح القانون يختلف عن موقف الفقهاء المجيزين لهذا الخيار في هذه المسألة ؛ لأن الفقهاء قالوا إن المشتري هو صاحب الخيار ، ومن ثم يحق له بموجب شرط الخيار أن يجيز العقد أو يفسخه بإرادته المنفردة دون حاجة إلى قضاء أو رضا، وهذا الأمر يتعلق بالصورة الأولى .

أما الصورة الثانية فقد نظمتها المادة (٥٧٧) ، وهذه المادة تأخذ حكم خيار الشرط ، كما جاء في الجزء الأخير منها[2]، وعلى هذا الأساس يسري حكم المادة (٢٣٣) على مسألة الإجازة والفسخ في الصورة الثانية لخيار النقد، وهي إحدى المواد التي بينت أحكام خيار الشرط ــ كما تقدم ــ ، وقد ذكرت هذه المادة أن إجازة العقد، أو فسخه يكون بالقول، أو بالفعل الدال عليه ممن له الخيار ، وبذلك يحق لصاحب خيار النقد (البائع) في صورته الثانية أن يستعمل خياره بالكيفية التي تناسبه ؛ إذ يجوز له أن يمضي العقد صراحة ؛ كأن يعلن عن عدم رغبته في استرداد المبيع أو يفسخ العقد صراحة أو دلالة ؛ كأن يرد الثمن إلى المشتري في خلال المدة المحددة للخيار،كما اشترطت المادة المذكورة علم العاقد الآخر بالفسخ ، أي ينبغي على صاحب الخيار أن يخطر الطرف الآخر في حالة الفسخ .

وبالموازنة بين موقف القانون اليمني ، وموقف الفقهاء المجيزين لخيار النقد ، يتضح أن موقف القانون اليمنى لا يختلف عن آراء الفقهاء المجيزين في مسألة الفسخ

---

(١) راجع :شرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل ، مرجع سابق ص٣١

(٢) والتي نصت في شطرها الأخير على أنه:" ...إذا رد البائع للمشترى الثمن رد له المشترى المبيع وله حكم خيار الشرط وتكون فوائد المبيع للبائع فى مدة الشرط" .

والإجازة ، كما أنه في مسألة علم العاقد الآخر بالفسخ قد أخذ برأي الأحناف ،وهذا هو الاتجاه الفقهي الذي ظهر رجحانه سلفا وأيدته ، والله أعلم بالصواب.

ثانياً : انتهاء مدة خيار النقد :

إن خيار النقد مثله مثل خيار الشرط لابد له من مدة محددة ، وهذا ما اتفق عليه فقهاء المسلمين المجيزين للخيارين ،وذهب إلى ذلك القانون المدني اليمني .

وسقوط خيار النقد بسبب انتهاء المدة ، بينه المشرع اليمنى في المادتين (٥٥٥) ، (٥٧٨) حيث أشارت المادة (٥٥٥) إلى أن انقضاء المدة يؤدى إلى سقوط خيار المشترى، حيث ينفسخ العقد بقوة القانون، وهذا هو الأصل العام لظاهر نص المادة المذكورة التي جاء فيها أن العاقدين إذا اتفقا "على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون إعذار أو طلب أن يفسخ البيع".

وبناءً على ذلك فإن مدة خيار النقد إذا فاتت دون أن يدفع المشترى الثمن ينفسخ العقد بقوة القانون ، ولا يقع على البائع أن يخطر المشترى ، وفي هذا الصدد ذهب بعض شراح القانون إلى تسويغ مسلك القانون هذا ؛ فذكروا أن العقد ينفسخ بعد انتهاء المدة التي اتفق عليها الطرفان ؛ لأن الاتفاق الحاصل بينهما هو بمثابة الشرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة ، وبسببه ينفسخ البيع من تلقاء نفسه ، ولا حاجة إلى حكم محكمة أو إنذار بالفسخ[1] .

ومع ذلك أجازت المادة المذكورة للبائع أن يختار غير ذلك ؛ فله أن يتمسك بحكم نص المادة المذكورة، ويفسخ البيع ، وله أيضاً أن يمضى البيع ، ويطالب المشترى بتنفيذ البيع على الرغم من تأخر المشترى في دفع الثمن ، وله أن يمد الأجل المحدد لدفع الثمن[2] ؛ لأن هذه المادة لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وهذا ما يخص الصورة الأولى من صور خيار النقد.

(1) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني المصري للدكتور/ السنهوري مرجع سابق ج٤ ص٣٣٧-٣٣٨ ، ونظرية العقد والإرادة المنفردة للدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي مرجع سابق ص٦٤٤-٦٤٥، وفسخ العقد في ضوء القضاء والفقه للدكتور/ عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ص٦٧-٦٨ ، والعقود المسماة للدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار ، مرجع سابق ص٢٥٣ .

(2) راجع : شرح أحكام عقد البيع للدكتورين / محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل ، مرجع سابق ص٣١٤ .

أما بالنسبة للصورة الثانية لخيار النقد ، وهى التي يكون فيها الخيار للبائع فانقضاء المدة يؤدى إلى سقوط خيار البائع ، وفى ذلك نصت الفقرة (٤) من المادة (٥٧٨) على أن المبيع يستقر "فى ملك المشترى وبه يستحق الشفعة إذا أمضى البائع البيع أو انقضت المدة دون رد".

والمعنى المستخلص من هذا النص أن المدة إذا مضت دون أن يرد البائع المبيع إلى المشترى فقد سقط خياره ، وصار العقد لازماً ، حيث يصبح المبيع مملوكاً للمشترى والثمن للبائع ؛ لأن فوات المدة دون مراجعة دليل على أن البائع قد أسقط خياره ، ولا يرغب في استرداد المبيع بصرف النظر عن السبب الذي منعه من الرد ؛ لأن المسلمين عند شروطهم ، وما كان مباحاً من غير شرط ؛ فهو لازم بالشرط.

وبالموازنة بين آراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد ، وموقف المشرع اليمنى في هذه المسألة يتضح أن موقف المشرع اليمنى لا يختلف عما قرره الفقهاء المجيزون للصورة الأولى من صور خيار النقد ؛ لأنه قد أشار إلى أن المدة إذا مضت دون أن يختار من له الخيار سقط خياره ، فإذا كان الخيار للمشتري ، وفاتت المدة دون أن ينقد الثمن فخياره يسقط بحكم القانون ، والعقد ينفسخ ، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، ولكن مع ذلك يلاحظ أن سقوط الخيار عند الفقهاء قد جاء بناء على الاتفاق الصريح الذي بموجبه قرر الطرفان أن الخيار يسقط بفوات المدة المضروبة له دون حاجة إلى قضاء، أو رضا .

ومع أن القانون المدني اليمني يتفق مع الفقهاء في هذه المسألة من حيث النتيجة ، وهي سقوط الخيار بفوات المدة ؛ فإنه يلاحظ أن المشرع هو الذي تدخل ، ومنح البائع الحق في الفسخ دون إعذار، أو إنذار على الرغم من أن شرط خيار نقد الثمن قد نشأ بناء على اتفاق الطرفين بموجب المادة (٥٥٥) ، وهذا الأمر لا يتفق مع رأي الفقهاء ؛ ولذا يبدو أنه من الأفضل أن يتم تعديل صياغة هذه المادة ، ويترك المشرع للطرفين حرية اشتراط خيار النقد ؛ كأن ينص على أنه يحق للبائع أن يشترط على المشتري أن ينقده الثمن خلال مدة محددة يتفقان عليها ، ويسقط خيار المشتري إذا فاتت المدة دون إن ينقد الثمن ، وعندئذ يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مالم تحدث للمبيع طوارئ معينة ؛ كالهلاك، ونحو ذلك .

ويلاحظ أن المشرع اليمني قد اختار لفظ الفسخ ، وبذلك فإن موقفه يتفق مع الحنابلة، والإمامية ، وهم يرون أن العقد ينفسخ عند عدم النقد ، أما الأحناف فالصحيح عندهم أن العقد يفسد[1] بعدم النقد، وقد تم ذكر هذه الآراء في محلها.

أما موقف المشرع اليمني في الصورة الثانية ؛ فلا يختلف عما قاله الفقهاء المجيزون لهذه الصورة ؛ فهو يرى أن فوات المدة يؤدى إلى سقوط خيار البائع، ولزوم العقد ، وبذلك فإن خيار النقد يسقط عن صاحبه إذا مرت المدة دون أن يستعمله ، ولكن يلاحظ أن سقوط الخيار في الصورة الأولى لا يؤدي إلى لزوم العقد بل يؤدي إلى انفساخ العقد، وعودة الطرفين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل العقد .

والمعنى أنه يجب على المشتري أن يرد المبيع إن كان قد قبضه، وهذا ينطبق على الصورة الأولى ، وأما في الصورة الثانية فإن سقوط الخيار يؤدي إلى لزوم العقد ـ كما تقدم ـ ؛ إذ يسقط الخيار بفوات المدة إذا لم يستعمله صاحبه(البائع) ؛ وعندئذ يصير المبيع مملوكا للمشتري ، ولا يحق للبائع أن يطالب برده ، وهذه الصورة تشبه خيار الشرط تماماً .

ثالثاً : موت صاحب خيار النقد أو إصابته بعارض من العوارض كالجنون ونحوه :

لم يتناول المشرع اليمنى مسألة موت صاحب خيار النقد، أو جنونه، أو إغمائه في المادة (٥٥٥) ، غير أن خيار النقد في صورته الثانية يأخذ حكم خيار الشرط بمقتضى نص المادة (٥٧٧) ـ كما تقدم ـ ، وهي المتعلقة بالصورة الثانية من صور خيار النقد، والتي ذكرت أن خيار النقد يأخذ حكم خيار الشرط.

وبناءً على هذا الحكم فإن الموت لا يعد سبباً من أسباب سقوط خيار النقد بموجب المادة (٢٣٥) من القانون المدني اليمني ، والتي نصت على أنه : "ينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى دائنيه إذا كان مفلساً أو معسراً".

وبذلك يتضح أن صاحب خيار النقد إذا مات لا يسقط خياره، بل ينتقل إلى ورثته ليختاروا ما يروق لهم من الفسخ، أو الإجازة ، وعلى ذلك فإن موقف المشرع اليمني يتفق

---

(١) يلاحظ أن المشرع اليمني لم يجز العقد الفاسد ، بل ذكر أن العقد قد يكون صحيحا أو سليماً ، وبذلك فإنه قد أخذ برأي الجمهور من غير الأحناف ؛ حيث عرفت المادة (١٤٠)العقد الصحيح بأنه : " الذي استوفى أركانه وشروط صحته" ، وعرفت المادة (١٤١) العقد غير الصحيح بأنه : " الذي اختل فيه ركن أو شرط من شروط صحته . . . "

مع ما قرره بعض فقهاء الحنابلة، والإمامية ، وقد تقدم ترجيح هذا الاتجاه الفقهي الذي يرى توريث خياري النقد، والشرط ، وتم ذكر الأسباب الداعية إلى ذلك في محلها.

رابعاً : هلاك المبيع أو تعيبه وأثر ذلك في سقوط الخيار :

لم يذكر المشرع اليمني هلاك المبيع، أو تعيبه بوصفه سبباً من أسباب سقوط خيار النقد ، ولاسيما فيما يخص صورته الأولى ، وترك الأمر للقواعد العامة ، وقد تقدم القول في ذلك عند الحديث عن سقوط خيار الشرط .

أما الصورة الثانية من خيار النقد فقد ورد حكمها في الفقرة الأولى من المادة (٥٧٨)التي نصت في شطرها الأخير على أنه : "... إذا تلف المبيع في يد المشترى في مدة الشرط بسبب لا يد له فيه تلف على البائع".

ويفهم من هذا النص أن المبيع إذا قبضه المشترى، وهلك في يده بسبب منه ، وجب عليه الضمان ، أما إذا هلك المبيع بسبب لا يد له فيه ؛ كالقوة القاهرة فلا ضمان على المشترى طالما أنه لم يقصر في الحفاظ على المبيع ، وعندئذ يقع الضمان على البائع لكونه المالك الحقيقي، وهنا يسقط خيار البائع إن كان الخيار له ،ويسقط خيار المشترى كذلك إن كان الخيار له.

خامسا :موازنة بين موقف القانون اليمني، وآراء الفقهاء المجيزين لخيار النقد:

إذا عقدت موازنة بين موقف القانون المدني اليمني ، وآراء الفقهاء حول مسقطات خيار النقد يتضح بجلاء أن المشرع اليمني قد نظم بعض مسقطات خيار النقد ، وقرر أن هذا الخيار يسقط بانتهاء مدته ، أو باستعماله في خلال المدة المحددة له ، وذلك من خلال إجازة العقد أو فسخه ، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع اليمني لم ينظم بقية المسقطات التي يسقط بسببها هذا الخيار ، وبذلك يتضح أن نصوص القانون المدني اليمني مازالت قاصرة، ولم تبلغ ذلك الشمول الذي ورد عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار؛ ولذا يتوجب على المشرع اليمني أن يسد النقص ، ويعمل على تعديل أحكام المواد (٥٥٥) و(٥٧٧) و(٥٧٨) لتتسق هذه المواد مع الأقوال الراجحة للفقهاء المجيزين لهذا الخيار.

المبحث الثالث
تطبيقات خيار النقد
في معاملات المصارف الإسلامية

يعد خيار النقد واحداً من الضمانات التي من الممكن أن تحمى المصرف الإسلامي من الخطر ؛ لأن أعمال المصارف الإسلامية يكتنفها كثير من المخاطر ، وقد تم التطرق سلفاً إلى ماهية المصارف الإسلامية ، ومزاياها، وأهدافها عند الحديث عن تطبيقات خيار الشرط في معاملات المصارف الإسلامية .

ولذلك سيتم في هذا المبحث ذكر الكيفية التي يستفيد بها المصرف الإسلامي من خيار النقد لكون هذا الخيار يمثل أحد الضمانات التي قد تلجأ إليها المصارف الإسلامية ؛ لدرء الخطر عن نفسها ، فقد يكون لدى المصارف الإسلامية بعض المعاملات التجارية التي ترغب في إتمامها ، ولكنها تخشى أن تتعرض أموالها للضياع.

وعلى هذا الأساس يمكن توظيف خيار النقد في معاملات المضارف الإسلامية ، وسيتم عرض بعض المعاملات التي من الممكن أن تقوم بها المصارف الإسلامية بالاستفادة من خيار النقد ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : خيار النقد، وتسويق السلع الخارجية، أو المحلية :

في هذه المسألة يبرز دور خيار النقد جلياً ؛ إذ يمكن الاستفادة منه في تسويق السلعة المحلية، أو العالمية ، ويقوم المصرف الإسلامي على هذا الأساس بتنشيط حركة التجارة المحلية، والعالمية ؛ فالمصرف الإسلامي يقوم مثلاً بالبحث عن بعض السلع العالمية التي تكون الأسواق المحلية في حاجة إليها ثم يشتري هذه السلع من الخارج ، ومن ثم يجلبها إلى الداخل ، ويبحث لها عن راغبين في الشراء من التجار أو غيرهم ، وقد تطول عملية البحث عن الراغبين في الشراء فقد لا يتوافر الوقت الكافي لعرض السلعة المعنية ، وبذلك لا يستطيع المشترى المحلي التعرف على ماهيتها، وأوصافها ومزاياها.

وحتى لا يتعرض المصرف الإسلامي للمخاطرة، وضياع أمواله يلجأ إلى خيـــار النقد حيث يشترط لنفسه خيار النقد لمدة معلومة شريطة أن تكون كافية للتحقق من وجود الراغبين في شراء السلعة ، فإذا وجد الراغبين أبرم معهم عقوداً ، وسقط خياره، وعندئذ يلزم البيع الأول بأثر رجعي من تاريخ العقد[1] .

وبهذا فإن المصرف يسهم في عملية التمويل ، والتمويل كما هو متعـــارف عليـــه يحظى بأهمية قصوى في حياة الشعوب ؛ فمن خلاله تسهم المصارف الإسلامية فى جلب بعض السلع المهمة بعد التأكد من فائدتها المرجوة للبلد ؛ كالمغذيات الطبيـــة المهمـــة، أو الآلات الزراعية، أو الصناعية، أو غير ذلك.

كما يسهم المصرف الإسلامي كذلك في إبراز السلع المحلية وتسويقها إلى الأسواق العالمية بالاستفادة من خيار النقد مثله مثل خيار الشرط ، وقد مضى القـــول فـــي هـــذه المسألة عند الحديث عن أهمية خيار الشرط في معاملات المصارف الإسلامية .

ثانياً : خيار النقد والتحرز عن مماطلة المشترى في دفع الثمن :

تدل تسمية خيار النقد على الهدف منه ؛ فالبائع عند اشتراطه هذا الخيار لنفســه يهدف إلى التحرز عن مماطلة المشترى في نقد الثمن ، وهذا الأمر نراه جلياً واضحاً فى معاملات الأفراد ؛ كالبيع والشراء ، إلاّ أن ذلك لا يعني أن خيار النقد قـــد جـــاء ليخـــدم الأفراد فقط ، بل من الممكن الاستفادة منه في معـــاملات المـــصارف الإســـلامية ؛ لأن المصارف الإسلامية ــ كما تقدم ــ تدخل في كثير من المعاملات ، وتبرم العديـــد مـــن الصفقات ذات المبالغ المالية الضخمة ، وقد تقوم بتسويق السلع، وغيرها مـــن عـــروض التجارة ، وهذه عرضة لتقلبات الأسعار، أو للتلف إذا لم يتم تسويقها.

وحتى يتجنب المصرف الإسلامي مماطلة المشترى في دفع الثمن يلجأ إلى دفـــع ذلك عن طريق اشتراط خيار النقد لنفسه خلال مـــدة معلومـــة يتفـــق عليهـــا الطرفـــان (المصرف والمشترى) ، فإذا لم ينقد المشترى الثمن خلال هذه المدة فلا بيع بينه ، وبـــين المصرف الإسلامي ، وبهذا يصير المصرف الإسلامي في مأمن من المخاطرة ؛كأن يبيع المصرف الإسلامي بعض المعدات إلى العملاء ويشترط على المشتري أن ينقـــده الـــثمن خلال مدة معلومة فإن لم ينقده الثمن سقط خيار العميل (المشتري) ، وهذا جائز، ولا غبار

---

(١) راجع : بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكتور/محمد عثمان شبير وآخرين ، مرجـــع ســـابق ص٧٣٣-٧٣٤.

عليه عند جميع الفقهاء المجيزين لهذا الخيار ؛ لأنهم أجازوا للطرفين الاتفاق على خيار نقد الثمن بهدف تحقيق منفعة البائع ، ومع ذلك يجوز للعميل أن يتقدم إلى البنك ، ويبرم الصفقة معه على أساس خيار النقد للمشتري إذا كان يرغب في شراء السلعة ، ولكن ليس لديه الأموال اللازمة لها ، ويتوقع وصولها إليه في خلال المدة المحددة للخيار ، وبذلك يسهم المصرف الإسلامي في فتح باب التمويل من خلال التسهيل على الزبائن، ومنحهم فرص الشراء بخيار النقد .

ثالثاً : خيار النقد، والوعد بالشراء :

وفى هذه المسألة يؤدى خيار النقد دوراً مهماً ؛ إذ يمكن أن يستفيد منه المصرف الإسلامى في توفير الحماية اللازمة له من الخسارة المالية التي قد تلحق به عندما ينكث الواعد بوعده ، فهناك من يرغب بشراء بعض السلع ذات الأوصاف المحددة.

وهذه السلع لا تكون عادة في متناول المصرف الإسلامي، ولا يملكها ، فعندما يتلقى المصرف الإسلامى من الزبائن وعداً بالشراء بناءً على هذا الوعد يقوم بالبحث عن هذه السلع حسب المواصفات المطلوبة ، ويشتريها من الخارج ثم يقوم بجلبها إلى الداخل بناءً على رغبة الزبائن على أمل أن يقوم بعد ذلك بإبرام العقد مع من وعده بالشراء .

ولكن قد يتنصل الواعد عن وعده، ويخلف الوعد ، وعندئذ لا يستطيع المصرف الإسلامى أن يلزم الواعد بتنفيذ وعده ؛ لأن الوعد بالشراء غير لازم عند الجمهور كما تقدم[1].

وهنا يبرز دور خيار النقد ، حيث يلجأ إليه المصرف الإسلامى من البداية ، فيتخذه وسيلة لدفع الضرر المحتمل قبل حدوثه ؛ إذ يقوم المصرف بشراء السلعة المحددة ثم يشترط لنفسه خيار النقد خلال مدة محددة ، فيقول للبائع مثلاً : "اشتريت منك هذه السلعة بكذا على أني إن لم أنقدك ثمنها خلال مدة كذا فلا بيع بيننا".

وعندئذ يكون خيار النقد للمشترى، وهو المصرف الإسلامى ، ويتم تحديد المدة بالاتفاق بين المصرف والبائع ، فإذا قام الواعد [2] بالوفاء بوعده واشترى السلعة من

---

(١) ورد ذلك في ص٢٤٨ -٢٤٩ من البحث.

(٢) وبالاستفادة من خيار النقد يستطيع المصرف الإسلامي أن يبيع السلعة مرابحة إذا تواعد المصرف مع الزبائن على أن يبيع لهم السلعة مرابحة؛ إذ يقوم بجلب السلعة ، ويبين للزبائن قيمتها الأصلية، ومقدار الربح ، وإذا لم يف الواعد بوعده يستطيع المصرف أن يرد السلعة بموجب خيار النقد .

المصرف الإسلامي في خلال المدة المضروبة للخيار لزم البيع الأول ، وسقط خيار المصرف .

وبذلك يكون المصرف قد باع ما يملك ؛ لأن ملك المبيع ينتقل إلى المشترى إذا كان الخيار له وحده في الرأي الراجح عند الفقهاء المجيزين لخيار النقد(١) ، وقد سبق ترجيح هذا الرأي لقوة أدلته، ومسايرته لواقع الناس .

أما إذا أخلف الواعد وعده بالشراء ، ولم يبرم العقد مع المصرف ، فهنا ما زال خيار النقد للمصرف ؛ إذ يستطيع المصرف بموجب هذا الخيار أن يفسخ البيع بعدم نقد الثمن في المدة المحددة، ويرد السلعة إلى مالكها إذا كان قد تسلمها ، وبذلك يدرأ عن نفسه الخطر قبل وقوعه.

وفائدة هذا الأمر أنه ينشط حركة التجارة في القطر الواحد ، أو بين كثير من الأقطار المتجاورة، ويشجع التجار، والجمهور على اختيار السلع التي تناسبهم حسب الصفات المرغوب فيها ، كما يقضي على مشكلة التخزين التي تعاني منها بعض الشركات التجارية(٢)، والمصانع فدور المصرف هنا وسيط في النشاط التجاري ؛ إذ يساهم في تحريك التجارة من خلال حركة السلع والبضائع ، وكل ذلك بالاعتماد على خيار النقد في هذه المسألة ؛ لأنه يمثل أحد الضمانات الشرعية التي تحمى المصرف الإسلامي من المخاطرة والخسارة التي قد تحدث له .

رابعاً : خيار النقد، ودفع مماطلة المستأجر في دفع الأجرة :

من المعلوم أن المصرف الإسلامي يطرق شتى أبواب الاستثمار ؛ لأن رسالته الإسلامية هي الإسهام في تنمية البيئة التجارية ، وفتح أبواب الرزق أمام الناس ، والإسهام في خطة التنمية الاقتصادية للدولة الإسلامية (٣) ، ولذلك فالمفترض أن المصرف يمتلك المنشآت التي تقوم بتنفيذ هذه الأهداف.

---

(١) وهذا هو رأى غالبية المجيزين لخيار النقد ، وهم الحنابلة فى ظاهر مذهبهم، والزيدية ، والإمامية على قول، وقد تقدم تفصيل هذا الرأي مع بيان حججه . راجع : الإنصاف للمرداوي ج٤ ص٣٧٨-٣٧٩ ، والكافى فى فقه الإمام أحمد لابن قدامة ج٢ ص٤٨ ، والبحر الزخّار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠ ، والتاج المذهب للعنسى ج٢ ص٤٠٩ ، وشرائع الإسلام للحلّي ج٣ ص١٧٠ .

(٢) راجع: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكتور/محمد عثمان شبير وآخرين ،مرجع سابق ص٧٣٣.

(٣) راجع : المصرف الإسلامى لعبد السميع المصري ، مرجع سابق ص٧٠.

وهو –ولاشك في ذلك– سيعمد إلى تأجير بعض منشآته، وقد يواجه أيضاً مشكلة من المستأجرين ؛ فقد يماطلون في دفع الأجرة ؛ ولذا يلجأ المصرف إلى خيار النقد ويشترطه لنفسه في عقد الإيجار على مدة تلي العقد للتحرز عن مماطلة المستأجر في دفع الأجرة (١) .

وليس هذا الأمر فحسب ، بل إن المصرف قد يقوم بعمليات التأجير التمويلي ، وذلك بالاستفادة من خيار النقد ؛ حيث يقوم المصرف الإسلامي بشراء المعدات الكبيرة المعمرة ؛ كتلك المعدات التي تحتاج إليها شركات المقاولات وغيرها ، ثم يعمل على تأجيرها للشركات أو العملاء مقابل أقساط شهرية أو نصف سنوية ، وبذلك فإن المصرف الإسلامي يسهم إسهاماً فاعلاً في دعم عملية التنمية في المجتمع المسلم من خلال تمويل هؤلاء العملاء للقيام بعملياتهم الكبيرة(٢) .

خامساً : خيار النقد، والتحرز عن مماطلة المشترى فى دفع القسط الأول :

من المعلوم أن البيع بالتقسيط قد انتشر انتشاراً كبيراً في معاملات الأفراد، والأمم، ولاسيما فى مجال السلع المعمرة اللازمة للمنشآت والأسرة ، كالأدوات والتجهيزات والآلات والسيارات وغير ذلك، والبيع بالتقسيط يعجل فيه المبيع ،ويتأجل الثمن كله، أو بعضه على أقساط معلومة لآجال محددة .

وهذه الأقساط قد تكون منتظمة المدة في كل سنة مثلاً قسط ، أو كل شهر، أو غير ذلك بحسب الاتفاق كما قد تكون متساوية المبلغ، أو متزايدة، أو متناقصة ، وعلى ذلك فإن المقصود بالتقسيط هو طريقة سداد ثمن المبيع، أو الكيفية التي يتم بها تسديد ثمن المبيع(٣) .

والبيع بالتقسيط معروف عند فقهاء المسلمين ؛ إذ ذكروه، وبينوا ماهيته من ذلك ما أشار إليه البهوتي بمناسبة الحديث عن الكتابة(٤)، حيث ذكر أنه يجوز بيع السيد العبد

---

(١) وقد أجاز الفقهاء المجيزون لخيار النقد اشتراط خيار النقد فى عقد الإجارة لكونه يعد واحداً من العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ، وتقبل خيار النقد.

(٢) راجع :المصرف الإسلامي لعبد السميع المصرى ، مرجع سابق ص٧١ .

(٣) راجع : تقسيط الدين فى الفقه الإسلامى للدكتور/ محمد رضا عبد العال العاني ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ج١ ص٢٩٤–٢٩٥ ، العدد السادس ، جدة ، السعودية ، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.

(٤) والكتابة تعنى المكاتبة بين السيد، وعبده ، أى أن يبيع السيد عبده لنفسه مقابل مال مؤجل فى ذمة العبد على أن يدفع العبد هذا المال بالتقسيط على أجلين فأكثر ، راجع : كشاف القناع ج٤ ص٣٥٩.

لنفسه مقابل مال يدفع للسيد أقساطاً ، ويشترط العلم بما لكل نجم من القسط ، والمدة لـئلا يؤدى جهل ذلك إلى التنازع ، ولا يشترط التساوي فلو جعل أحد النجمين شهراً، والآخر سنة، أو جعل قسط أحد النجمين عشرة ، والآخر خمسة ونحوه جاز ؛ لأن القصد العلـم بقدر الأجل وقسطه[١] .

وأشار الدسوقي إلى أن مكاتبة العبد تكون على مال مؤجل يدفعه العبد لسيده ، أي أن العبد هو من التزم لسيده أداء النجوم ، وقال : إن المقصود بالتنجيم هـو : "التـأخير لأجل معلوم ولو نجماً واحداً "[٢] .

وعلى هذا الأساس فتأخير ثمن المبيع قد يكون لقسطين فقط ، أو لأكثـر ، وقـد تتساوى قيمة الأقساط أو تختلف بحسب الاتفاق ، فقد يكون ثمن السلعة مائة ألف يدفع منها في القسط الأول سبعين ألفاً ، وفي القسط الثاني ثلاثين ألفاً على أن يحدد مدة كل قـسط كشهر أو سنة أو نحو ذلك ، وهذا هو مضمون البيع بالتقسيط بإيجاز .

أما الكيفية التي يمكن من خلالها الاستفادة من خيار النقد في البيـع بالتقـسيط ، فيمكن أن تظهر في جانب المصرف ؛ إذ يحق له بالاستفادة من خيار النقد أن يتخذ لنفسه الحيطة والحذر والتحرز من مماطلة المشترى في دفع الأقـساط الواجبـة عليـه ؛ لأن المماطلة قد تحصل من بعض المدينين .

وتعد بذلك من المشكلات الكبرى التي تؤثر سلباً في مسيرة المصارف الإسـلامية الناشئة ؛ إذ أن عدم التزام المدينين بدفع القسط الأول ، أو أقساط الديون فـي مواعيـدها المتفق عليها يؤثر في المركز المالي للمصرف الإسلامي ، ولاسيما أن أكثر المـماطلين يماطلون مع القدرة على الأداء مستغلين نظام المصارف الإسلامية الذي لا يقرر فوائـد على التأخير[٣] ، حيث يظل المدين يماطل في دفع الأقساط .

ولذا فإن المصرف الإسلامي بإمكانه أن يستفيد من خيار النقد لكونـه يـوفر لـه الضمان الأكيد للتحرز عن مماطلة المشترى في دفع القسط الأول ؛ حيث يقوم المصرف الإسلامى باشتراط خيار النقد لمصلحته بوصفه البائع في البيع بالتقـسيط باشـتراط نقـد

---

(١) راجع : كشاف القناع للبهوتى ج٤ ص٣٥٩.

(٢) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٦ ص٤٢٩.

(٣) راجع : بيع التقسيط للدكتور/ على السالوس ، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى مرجع سـابق ج١ ص٢٦١.

القسط الأول[1] في بحر مدة معلومة ؛ كأن يشترط المصرف على المشترى أنه إن لم ينقده ثمن القسط الأول خلال مدة معلومة فلا بيع بينهما، وهنا من حق المصرف الإسلامى أن يحدد مقدار المدة التي يتم فيها دفع القسط الأول.

ومقدار القسط الأول يستحسن أن يكون كبيراً نسبياً حتى يتبين للمـــصرف مـــدى جدية المشتري ، فإن تخلف المشترى عن دفع قيمة القسط الأول في الميعاد المتفق عليـــه سقط خياره ، وبطل العقد ، ويعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، أما إذا سدد قيمة القسط في الميعاد المحدد سارت العملية بانتظام في مسارها الطبيعي ؛ ولذا فإن هذه التدابير التي اتخذها المصرف الإسلامى قد تحول دون مماطلة المشترى بالنسيئة في دفع القسط الأول .

كما أنه يجوز للمصرف الإسلامى أن يتخذ لنفسه تدابير أكثر احترازاً ؛ كأن يحدد مقدار الأقساط بقسطين فقط ، ويحدد مدة محددة لكل قسط ؛ كأن تكون مدة القـــسط الأول شهرين ، ومدة القسط الآخر ستة أشهر ، ويشترط لنفسه الخيار خلال مدة القسط الأول ، ثم يقوم بتجديد الخيار في القسط الثانى ، ومسألة تجديد الخيار المشروط أجازها الحنابلـــة والزيدية كما تقدم[2] .

---

(١) راجع : بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكتور/ محمد عثمان شبير وآخرين ، مرجع ســـابق ص٧٣٢.

(٢) راجع : كشاف القناع للبهوتي ج٣ ص٢٠٢ ، والروض المربع للبهوتي ص٢٤ ، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٤٠٨

الباب الثالث

خيار

التعيين

الباب الثالث

خــــيار التعــيين

تمهيد وتقسيم:

يعد خيار التعيين واحداً من الخيارات الإرادية التي تثبت بالشرط ؛ إذ لولا الشرط لما ثبت هذا الخيار، وهو في ذلك إرادي المنشأ، ينشأ باتفاق العاقدين عليه، مثلــه مثــل خياري الشرط والنقد، وقد سبق دراستهما في البابين السابقين، وخيار التعيين هو محــل دراسة هذا الباب، حيث سيتم التركيز على بيان أحكام هذا الخيار بالتفــصيل فــي الفقــه الإسلامي، والقانون المدني اليمني، وذلك من خلال التعرف علــى ماهيتــه ، وطبيعتــه وصاحبه ومجاله ، وشروط قيامه ، وآثاره في العقود التي يدخلها، ومسقطاته، مع ذكــر تطبيقاته المعاصرة في معاملات المصارف الإسلامية، غير أن الدراسة في هــذا البــاب ستقتصر على خيار تعيين المبيع المتعارف عليه في مجال المعاملات المالية فقــط، دون التطرق إلى مفاهيم التعيين التي وردت في أحكام الأسرة ، أو غيرها من الأحكام الشرعية ؛لوقوع ذلك خارج نطاق البحث، وتفصيلاً لما سلف تم توزيع هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو الآتي:

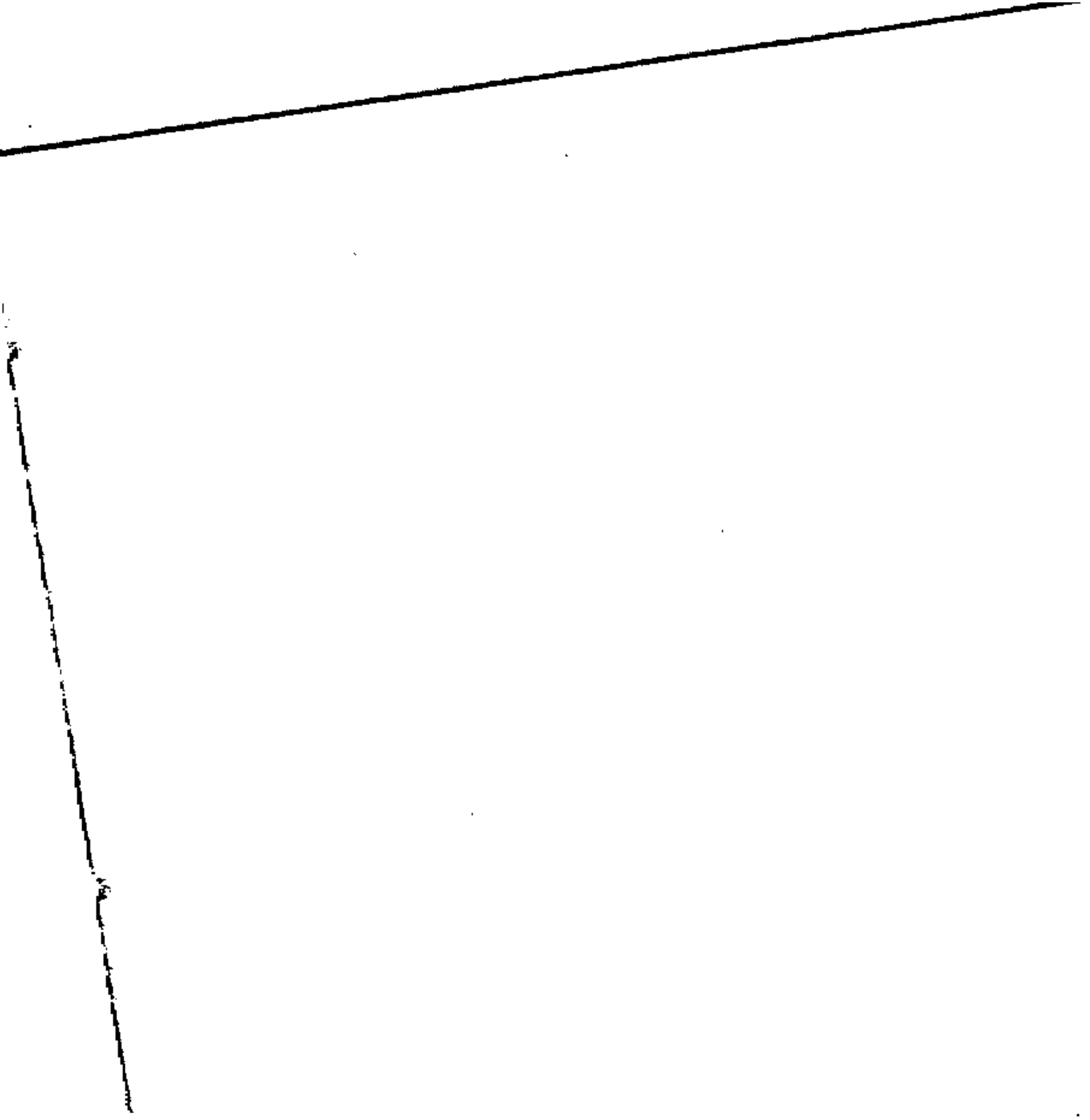
الفصل الأول : حقيقة خيار التعيين، ومشروعيته .

الفصل الثاني: صاحب خيار التعيين، ومجاله، وشروطه.

الفصل الثالث: آثار خيار التعيين، ومسقطاته، وتطبيقاته المعاصرة.

الفصل الأول

حقيقة خيار التعيين ومشروعيته



الفصل الأول
حقيقة خيار التعيين ومشروعيته

<u>تمهيد وتقسيم:</u>

- في هذا الفصل سيتم بعون الله تعالى دراسة حقيقة خيار التعيـــين، وآراء الفقهـــاء حول مشروعيته ، مع بيان موقف القانون المدني اليمني من كل ذلك، وتفصيلاً لذلك قُسّم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي :

المبحث الأول: حقيقة خيار التعيين.

المبحث الثاني: مشروعية خيار التعيين .

المبحث الأول
حقيقة خيار التعيين

خصص هذا المبحث لدراسة حقيقة خيار التعيين ، وذلك من حيث التعريف به، وتحديد صوره، وطبيعته، والتصرفات ذات الصلة به ، وقد تم توزيعه إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول: تعريف خيار التعيين.

المطلب الثاني: صور خيار التعيين وطبيعته.

المطلب الثالث: التصرفات ذات الصلة بخيار التعيين.



المطلب الأول
تعريف خيار التعيين

أولا: معنى خيار التعيين لغة:

تقدم سلفاً معرفة معنى الخيار لغة واصطلاحاً، ولم يتبق سوى معرفة معنى كلمة التعيين فى اللغة العربية، فالتعيين مصدر قياسي للفعل المزيد "عيّن"، وقد جاء فى بعض المعاجم اللغوية أن تعيين الشيء يعني تخصيصه من الجملة[١]، فيقال عينت المال لزيد: أي جعلته عيناً مخصوصة به، وعينت النية فى الصوم إذا نويت صوماً معيناً[٢].

وبناء على ذلك فالتعيين معناه التخصيص، أو الاختيار لشيء من عدة أشياء، فعندما ينتقي الشخص صوم أحد الأيام، يعني ذلك أنه قد انتخب هذا اليوم و اختاره وخصصه بعينه للصوم، والحال كذلك حين يختار شخص شاة بعينها من عدة شياة ، فيعني ذلك أنه قد خصصها بعينها للاختيار، وهذا ينسحب على كل المعاملات المالية بين الناس.

ثانيا: تعريف خيار التعيين اصطلاحا:

أ- تعريف خيار التعيين عند فقهاء المسلمين:

---

(١) راجع: لسان العرب لابن منظور، باب العين، مادة عين، ج٤ ص٣٢٠١، ومختار الصحاح للرازى، باب العين، مادة عين، ص ٤٦٦-٤٦٧، وجاء فيه "تعيين الشيء تخليصه من الجملة".

(٢) راجع: المصباح المنير للفيومي، كتاب العين، مادة عين،ج٢ ص ٤٤٠ -٤٤١، ومن الجدير بالذكر أن كلمة "عين" تطلق على معان كثيرة، منها العين الباصرة، وهي الأصل فى اللفظ، وعين الماء، وعين الشمس، والجاسوس، والعين عند العرب تعني حقيقة الشيء ، ومنه يقال أخذت مالي بعينه: أي أخذت عين مالي. للاستزادة راجع: لسان العرب لابن منظور، باب العين، مادة عين، ج٤ ص ٣١٩٥-٣١٩٨، والمصباح المنير للفيومي، كتاب العين، مادة عين، ج٢ ص ٤٤٠، وتاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي، فصل العين من باب النون، مادة عين ،ج٩ ص ٢٨٧، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، باب العين والياء وما يثلثهما، مادة عين،ج٤ ص ١٩٩-٢٠٢، والقاموس المحيط للفيروز آبادي، فصل العين باب النون،مادة عين،ج٤ ص ٢٥٣-٢٥٤، وأساس البلاغة للزمخشري، باب العين، مادة عين، ص ٤٤٣.

أبدأ بالأحناف وأشير إلى أنهم لم يضعوا تعريفاً معيناً لخيار التعيين، ولكنهم ذكروا مضمون هذا الخيار بالتمثيل له ؛ إذ قال بعضهم إن : " خيار التعيين يجوز فيما دون الأربعة ، وهو أن يبيع البائع أحد الثوبين على أن يأخذ المشتري أيهما شاء ، أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء"(١).

وقال بعضهم إن: " خيار التعيين هو الذي يكون فيه البيع على واحد من اثنين أو ثلاثة لا بعينه"(٢).

والحديث في هذين التعريفين يدور حول مضمون خيار التعيين المجرد ، أي الخيار الذي يكون فيه البيع لازم في واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها ، ولا يحق لصاحب الخيار أن يردها كلها ، ويكون هذا الخيار بمفرده دون أن يرتبط بخيار الشرط ، أما خيار التعيين غير المجرد، أي المقترن بخيار الشرط ؛ فقد بيّن فقهاء الأحناف مضمونه، وذكروا أنه يجوز للفرد صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من بين الأشياء المخير فيها، ثم هو فيما يختاره بالخيار، فله أن يأخذه أو يرد الكل(٣).

ويسمى خيار التعيين عند المالكية بيع الاختيار القسيم لبيع الخيار (خيار الشرط)، وقد عرفه بعضهم بأنه: "بيع بت في بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه"(٤) ، وقد تداولت كتب المالكية هذا التعريف، وهو ينطبق أساساً على خيار التعيين غير المقترن بخيار الشرط (المجرد) ، وصورة هذا الخيار تكون حين يشتري الشخص

---

(١) راجع : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٤ ص ٢١ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص ٥٢١ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمر غيناني ج٣ ص ٣١ والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٢٣ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣١.

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص ١٣٩. وقد نصت المادة (٣١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو بين البائع أثمان شيئين أو ثلاثة أشياء من القيميات كل على حدة على أن يأخذ المشتري أياً شاء بالثمن الذي بينه له أو على أن يعطي البائع أياً أراد كذلك صح البيع. وهذا يقال له خيار التعيين" ، راجع : شرح المجلة لسليم الباز ص١٦٧

(٣) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٦، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٥، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣٢، وملتقي الأبحر للحلبي ج٢ ص١٢.

(٤) راجع: شرح حدود ابن عرفه للرصاع ج٢ ص ٣٧٨، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص ٤٨،

أحد الثوبين لا بعينه على أنه بالخيار في تعيينه فقط، ويعني ذلك أن البيع بات في واحد غير معين من الثوبين، وتنحصر مهمة المشتري في تعيين هذا الواحد .

أما خيار التعيين المقترن بخيار الشرط (غير المجرد) ، وهو ما يسمي عند المالكية بيع خيار واختيار، فقد عرفه بعضهم بأنه: "بيع بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه وبته"[١].

والمقصود بذلك أن البائع قد جعل للمشتري الاختيار في التعيين ، ثم هو فيما يعينه بالخيار في الأخذ والرد ؛ كأن يقول البائع للمشتري أبيعك أحد هذين الثوبين هذا بكذا، وهذا بكذا على أن تختار واحداً منهما ، وبعد أن تختار ما يناسبك منهما لك الخيار في الأخذ والرد خلال ثلاثة أيام[٢].

وقد ذكر الزيدية معنى خيار التعيين، وبيّنوا مضمونه بالمثال كما فعل الأحناف؛ إذ قالوا إن: " الشخص إذا اشترى ثوبين أو ثياباً كل ثوب بكذا على أنه بالخيار يرد ما يشاء، ويأخذ ما يشاء كان له الخيار يأخذ أيهما شاء "[٣].

أما الإباضية فقد فقال بعضهم: "إن من باع ثوبين على الخيار لمدة معلومة في أخذ أيهما شاء بعشرة مثلاً جاز"[٤].

ب : تعريف خيار التعيين عند بعض المحدثين:

عند مطالعة آراء المحدثين تبين أن كثيراً منهم قد تعرضوا لبيان مضمون خيار التعيين، ومع ذلك سأكتفي هنا بذكر أهم الأقوال التي بينت مفهوم هذا الخيار، وذلك على النحو الآتي:

---

(١) راجع: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص ٣٧٨، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص ٤٨٠.

(٢) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ١٧١، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش ج٥ ص ١٣٨، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ج٥ ص ١٢٤.

(٣) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ج٢ ص ٣٩٣ وكتاب السيل الجرار للشوكاني ج٣ ص٩٤-٩٥، وعيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار لابن المرتضي، ص ٢٦٦- ٢٦٧؛

(٤) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش، ج٩، ص ٢٨٢.

ـ قال بعضهم خيار التعيين: "يعني أن العقد يرد على واحد من شيئين أو ثلاثـة أشـياء مختلفة فى الثمن أو الصفة، ثم يكون للمشتري حق تعيين هذا الواحد، فيصبح محل العقد معلوماً تماماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة"[١].

ـ وقال آخرون خيار التعيين: "هو حق العاقد فى تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحداها شائعاً خلال مدة معينة"[٢].

ـ وقال بعض منهم خيار التعيين: "هو الذي يشترطه المشتري عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحداً منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروي"[٣].

ج : تعريف خيار التعيين فى القانون المدني اليمني:

لقد ورد ذكر مفهوم خيار التعيين فى القانون المدني اليمني النافذ، فى النـصوص المتعلقة بتعريف البيع ، وأركانه وشروطه، وقد جاء تحديداً فى المادة (٤٨٥) التى نـصت على أنه: "يصح بيع أحد شيئين أو أكثر وتعيين ثمن كل منهما على حدة ، وأن يكون لأي من المشتري والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على أساسه في مدة يجب تحديدها بالاتفـاق ... الخ".

وذكر المشرع اليمني كذلك تعريف الالتزام التخييري في المادة (٢٧١) من القانون المدني اليمني التي نصت على أنه: "يكون العقد تخييراً إذا أضيف محله إلى أشياء متعـددة على جهة التخيير فتبرأ ذمة الملتزم إذا اختير واحد منها"[٤].

---

(١) راجع: الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور/ محمد يوسـف موسـى، مرجـع سـابق، ص٤٦٠.

(٢) راجع: الخيارات للدكتور/ عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

(٣) راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبد الرازق السنهوري ج٤ ص٢١٥ .

(٤) وقد ورد هذا النص أيضاً في القانون المدني اليمني الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م في المادة (٢٧٤) التي نصت على أن العقد "يكون تخييراً إذا أضيف محله إلى أشياء متعددة على جهة التخيير فتبرأ ذمة الملتزم إذا اختير واحد منها".

د: تعريف خيار التعيين عند شراح القانون

خيار التعيين في الفقه الإسلامي يقابله الالتزام التخييري في القانون المدني ، وقد عرف شراح القانون المدني الالتزام التخييري بأنه :" ذلك الالتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها "[١]

وعلى ذلك فلابد أن يكون للالتزام التخييري أكثر من محل ، ولكن لا يطلب من المدين (صاحب الخيار) أن يفي بكل المحال المتعددة في مجموعها ، بل تبرأ ذمته بالوفاء بواحد منها فقط ، سواء تم اختيار هذا الواحد من قبل المدين أم من قبل الدائن ؛ كأن يبيع أحدهم سيارة ضمن ثلاث يملكها بحيث تبرأ ذمته عن التزامه بالتسليم إذا أدى واحدة منها[٢]

هـ: مناقشة التعاريف:

من التعاريف المذكورة آنفاً تتضح الأمور الآتية:

١- يلاحظ أن المعنى الاصطلاحي لخيار التعيين لا يختلف كثيراً عن معناه اللغوي، فهو في الأصل تعيين الشيء؛ أي انتخابه واختياره من بين عدة أشياء ، وبذلك يتعين المبيع بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة، والفقهاء في تعريفاتهم يؤكدون هذا المعنى.

٢- يلاحظ أن تعاريف الأحناف والزيدية والإباضية قد اقتصرت على إبراز ماهية هذا الخيار بالمثال فقط دون أن تذكر تعريفاً مميزاً، وهذا عكس المالكية الذين ذكروا تعريفاً

---

(١) راجع: دروس في نظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمد لبيب شنب ص٢٣١، دون دار نشر، القاهرة ١٩٧٥/٧٤م ، والوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام) للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج ٣ ص ١١٨، وأحكام الالتزام للدكتور/ طلبة وهبه خطاب ص١٨٠ ، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة،د-ت ، وأصول الالتزامات في القانون المدني للدكتور/ مختار القاضي ص٢٥٠، لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٥٢م ، وأصول أحكام الالتزام للدكتور/ جلال علي العدوي ص١٤٧، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م، والالتزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري ص١٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٥م ، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/حسام الدين كامل الأهواني ج٢ ص٢٤٣ ،دار النهضة ، القاهرة ١٩٩٦م .

(٢) راجع : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور/ طلبه وهبة خطاب ، مرجع سابق ص١٨٠ .

أكثر من بين عدة أشياء مخير فيها لأن العقد لازم في حقه ، ولا يجوز له رفض الاختيـــار ، ولا يشترط أن تكون هذه الأشياء محصورة في ثلاثة فقط، كما أن هذا الخيار يسري خـــلال مدة معلومة يحددها الطرفان برضاهما .

وهذه هي أهم مشتملات خيار التعيين، ولاسيما بالنسبة للصورة الأولى المألوفة فـــي المعاملات المالية التي يكون فيها خيار تعيين فقط دون اقترانه بخيار الشرط.

أما الصورة الثانية، وهي التي فيها الاقتران بين الخيارين، فيمكن تعريـــف خيـــار التعيين المقترن بخيار الشرط بأنه: "حق يثبت بناءً على اتفاق العاقـــدين، وبموجبـــه يحـــق لصاحب الخيار أو من ينوب عنه أن يختار واحداً أو أكثر من بين عدة أشياء صالحة للتخيير خلال مدة معلومة".

وهذا التعريف يوضح أن العقد مع خيار التعيين المقترن بخيار الشرط غير لازم ؛لأنه يحق للمتعاقد صاحب الخيار أو من ينوب عنه أن يختار واحدا أو أكثر من بين الأشياء المخير فيها خلال مدة الخيار ، ويحق له كذلك أن يرد الأشياء المخير فيها جميعها إذا لـــم تناسبه ؛ لأن العقد غير لازم في حقه بسبب وجود خيار الشرط.

المطلب الثاني
صور خيار التعيين، وطبيعته

الفرع الأول
صور خيار التعيين

بعد البحث والتمحيص تبيّن أن لخيار تعيين المبيع في المعاملات المالية ثلاث صور، الصورتان الأولى والثانية، تم استخلاصهما من التعاريف الفقهية سالفة الذكر، أما الصورة الثالثة فهي مستنبطة من المعاملات التجارية المعاصرة، وأظن- حسب أقصى علمي- أنه لم يكن لها وجود في الزمن الماضي إلا في زماننا هذا، وهي كما يبدو- والله أعلم- تصلح لأن تكون صورة من صور خيار التعيين، وسيتم شرح وتوضيح هذه الصور على النحو الآتي:

الصورة الأولى:

وقد ذكر الفقهاء هذه الصورة عند تعريفهم لخيار التعيين[١]، وتكون في الغالب حين يتم التبايع بين المشتري والبائع على أن للمشتري الخيار في أن يختار واحداً أو أكثر من الأشياء المخير فيها، فإذا اختار ما يناسبه سرت آثار العقد من وقت التعاقد، وليس من وقت الاختيار .

وهذا يعني أن الاختيار يكشف عن المبيع محل العقد ، ولا يؤثر في العقد من حيث اللزوم وعدمه ؛ لأن العقد بات في بعض الأشياء المخير فيها، وعلى ذلك فإن الأشياء المختارة تصبح محلاً للعقد، بمجرد أن يختارها صاحب الخيار، حيث يصير محل العقد معلوماً تماماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة[٢].

---

(١) راجع: تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٢١، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج١ ص٢٤٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج١ ص٢٣، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر دير ج٤ ص١٧٢، والتاج المذهب للعنسي ج٢ ص ٣٩٣، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢

(٢) راجع: الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور/ محمد يوسف موسى ، مرجع سابق ص٤٦ .

ولا تحتوي هذه الصورة على خيار المشتري فحسب، بل تشمل كذلك خيـــار البـــائع فالبائع يحق له أن يشترط الخيار لنفسه ؛ كأن تكون لديه سيارتان، ويرغب في بيع إحداهما، والاحتفاظ بالأخرى، ولكن لا يستطيع أن يحدد أياً منهما التي تستحق أن يحتفظ بهـــا، وأيـــاً منهما التي يريد أن يخرجها من ملكه[١]، ولذلك يشترط خيار التعيين لنفسه للتروي، والتفكر مدة محددة يحدد فيها السيارة التي يحتفظ بها لنفسه.

وبناء على ما سلف فالعقد في هذه الصورة يكون باتاً منذ البداية في عدد غير معـــين من الأشياء المخير فيها، ويجب على صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من بـــين الأشـــياء المخير فيها، حيث لا يستطيع التنصل عن الاختيار أو رفضه، وإن حاول ذلك أجبره القاضي على الاختيار.

الصورة الثانية:

تكون هذه الصورة حين يقترن خيار التعيين بخيار الشرط، فيصير بذلك عقد خيـــار واختيار[٢]، ويمكن التمثيل لهذه الصورة بالآتي: (إذا قال البائع للمشتري مثلاً بعتك إحـــدى هاتين السيارتين على أن لك الخيار في واحدة منهما، ثم لك الخيار فيما تختاره منهمـــا بـــين الرد والإمضاء في خلال مدة كذا).

فهنا المشتري من حقه أن يختار واحدة منهما، ثم هو فيما يختاره بالخيار بين ردهـــا إلى مالكها بموجب خيار الشرط، أو إمضاء العقد، أما الأخرى غير المختارة فهي أمانة بيده يجب عليه ردها إلى مالكها، وهذه الصورة أجازها جميع الفقهاء القـــائلين بجـــواز خيـــار التعيين[٣]، حيث إنهم أجازوا ارتباط خيار الشرط بخيار التعيين كما سيرد لاحقا.

---

(١) راجع: النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور/ رمضان على الشرنباصى ، مرجع سابق ص١٣٠

(٢) عقد خيار أي فيه خيار شرط فقط ، وعقد اختيار أي فيه خيار تعيين ، والمعنى هنا ارتبـــاط الخيـــارين ببعض، راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبيـــر للدر دير ج٤ ص١٧١.

(٣) راجع: جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٥، وبـــدائع الـــصنائع للكاســـاني ج٧ ص٢٧٦، وملتقى الأبحر للحلبي ج٢ وشرح الزر قاني على مختصر خليل لعبد الباقي الـــزر قـــاني ج٥ ص١٢٤، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٤٨، وشرح منح الجليل لمحمد عليش ج٥ ص١٣٨ ، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٣ .

وعلى ذلك فالعقد في هذه الصورة يكون غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار ، ومـــن حقه أن يرد الأشياء المخير فيها جميعها؛ لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين يمنع لزوم العقد، حيث يظل العقد غير لازم في حق صاحب الخيار سواء أكان الخيـــار للمـــشتري أم للبائع؛ ولذا فإن هذه الصورة تحقق فائدة كبيرة لصاحب الخيار تفوق تلك الفائدة التي تحققها الصورة الأولى؛لأنها تتيح له إعمال الفكر والتروي، وتمنحه فرصة لاختيار واحد أو أكثـــر من الأشياء المخير فيها، كما تمنع عنه الندم، والحرج؛ لأنه يستطيع أن يرد المبيع إلى مالكه إذا تبين له أنه غير مناسب له[1]؛ إذ إن كثيراً من الناس قد يحتاج إلى الـــسلعة لكـــي يقـــوم بمعاينتها واختبارها ، وقد يكتشف بعد المعاينة أنها لا تناسبه لسبب أو الآخر ، ومن ثم يحـــق له رد جميع الأشياء المخير فيها ، ولذلك فإن لهذه الصورة أهمية بالغة في معاملات الناس .

الصورة الثالثة :

وهذه الصورة مستخلصة من الواقع المعيش ؛ فالناس في زماننا الراهن يمارســـونها في معاملاتهم التجارية دون أن يعلموا اسمها أو تكييفها الفقهي، وتكون في حالة أن يعرض البائع مثلاً كومة من السلع مختلفة الأصناف، أو متحدة، ثم يضع سعراً موحداً لكل واحد من الأشياء المخير فيها، ويترك الأمر للمشتري، والمشتري يختار بإرادته ما يناسبه من هـــذه السلع المكومة بالسعر الذي عرضه البائع؛ فيأخذ ما يراه مناسباً له سواء أكان مـــن صـــنف واحد أم من أنواع عدة، وسواء أكان واحداً أم أكثر من ذلك، فقد يضع البائع سعراً محدداً لكل سلعة؛ وليكن مثلاً (مائة جنيه) فأي شيء يختاره المشتري بذلك المبلغ، وبذلك يتحقق معنـــى الاختيار في هذه الصورة .

ولا يوجد في هذه الصورة غرر، ولا مخاطرة ، ولا غبن ، ولا جهالة مفضية إلـــى النزاع؛ لأن البائع هو الذي حدد السعر بمحض إرادته ، والمشتري هو صـــاحب الخيـــار ، ومن حقه أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ، وإذا تم التعيين صار المشتري مالكاً للشيء الذي وقع عليه الاختيار.

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٦.

ولقد التفت بعض المحدثين إلى هذه الصورة، وأجازها؛ لأن الأصل في المبايعات والعقـــود الحل ، والصحة، والناس قد تعارفوا على أن البيع بهذه الصورة صحيح[١].

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز في هذه الصورة أن يقترن خيار التعيين بخيار الشرط؛ حيث يحق للمشتري أن يختار عدة أشياء ، ثم يشترط لنفسه خيار شرط التروي لمدة محددة وله أن يأخذ ما يناسبه ، أو يرد الكل خلال المدة المحددة لخيار الشرط ؛ كأن يكـــون لـــدى البائع مجموعة من الكتب ، وقال للمشتري خذ هذه الكتب واختر ما يناسبك منها بخمسين .. ، وأنت فيما تختاره بالخيار بين الرد، والإمضاء في مدة كذا ،هذه هي صور خيار التعيـــين كما ظهر لي من آراء الفقهاء، ومع ذلك وجدت بعض المعاصرين قد ذكر أن خيار التعيين له صورتين احدهما مثل الصورة الأولى التي تم ذكر أما الأخرى فهي تكون حـــين يشـــتري احدهم شيئا ويرد أن يرده إلى صاحبه بحم خيار الشرط وصاحبه يرفضه قائلا انه ليس هـــو المبيع[٢] ، والواقع أن هذا القول محل نظر لان ليس في هذه الصورة البيع بخيـــار التعيـــين وإنما فيها اختلاف العاقدين في الادعاء وهذا موضع يخضع للأدلة والبينة لاعلاقة له بخيار تعيين المبيع.

---

(١) راجع. الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص١٧٩. وجاء فيه "يوجد الآن بيع يتبايعـــه الناس فيكون عند البائع كومة من الحبحب "البطيخ" فيقول البائع: بعت عليك واحدة من الكومة بريالين تخير، وعادة الناس الآن أن البيع صحيح نافذ، وأن المشتري أخذ الحبة التي يريدها لأن البائع قد عرف أن أعلى ما يكون من هذه المجموعة أن يبلغ إلى ريالين فهو غير مغبون.. إلى أن قال: وكذلك أيضـــا شاة من قطيع كأن يأتي إلى قطيع الغنم، ويقول اختر ما شئت من هذه الغنم بمائة ريال".

(٢) راجع خيار التعيين لإبراهيم عبده علوان مرجع سابق ص٨٠.

الفرع الثاني
طبيعة خيار التعيين

خيار التعيين هو واحد من الخيارات الاتفاقية التي تثبت بالشرط ، حيـث إن الإرادة هـي مصدر هذا الخيار[١] ؛ إذ لابد من اتفاق العاقدين على شرط خيار تعيين المبيع ؛ فلو قال المشـتري للبائع اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن اختار أحدهما، ولم يوافق البائع على ذلك، فلا ينعقد الخيار للمشتري لعدم تطابق الإرادتين.

والحال كذلك إذا سكت البائع عن الخيار[٢]؛ كأن يقول بعتك أحد الثوبين دون أن يذكر الخيار فلا ينشأ الخيار هنا ؛ لأن البيع فاسد، ولذلك لابد أن يقول البائع للمشتري بعتك أحد هذين الثـوبين على أنك بالخيار في أيهما شئت، أو على أن تأخذ أيهما شئت[٣].

على أن هذا الخيار يصح بأي لفظ يدل عليه، فقد يكون من البائع للمشتري؛ كأن يقول البائع للمشتري بعتك أحد هذين الثوبين على أن تأخذ واحداً منهما، وترد الآخر فالخيار هنا للمشتري، وقد صدرت الصيغة من البائع، وقد يكون الخيار صادراً من المشتري للبائع ؛ كـأن يقـول المشـتري اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن لك الخيار في أن تعطيني أحدهما.

وعلى هذا الأساس فخيار التعيين عبارة عن شرط يقترن بالعقد فيجعله لازماً في واحـد لا بعينه من الأشياء المخير فيها[٤] إذا كان هذا الخيار غير مقترن بخيار الشـرط، أمـا إذا اجتمـع الخياران معاً، فلا يكون العقد لازماً بسبب دخول خيار الشرط .

وعلى ذلك فهذا الخيار يقترن بالعقد، ويجعله تارة لازماً في عدد من الأشياء المخير فيها لا بعينها ، وتارة يجعله غير لازم إذا اقترن به خيار الشرط ، وخيار التعيين ؛كخياري الشرط والنقد يعد رخصة شرعية أجازه الفقهاء بناء على حاجة الناس كما سيتضح لاحقا عند الحديث عن مشروعية هذا الخيار.

---

(١) راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٤ ص ٢١٥ .وقـد ذهـب بعـض الباحثين الى القول إن خيار التعيين قد يثبت بقوة الشرع أو باتفاق المتعاقدين، وهذا القول محل نظر لأن خيـار تعيين المبيع لايثبت الابالشرط.راجع خيار التعيين لإبراهيم عبد علوان رسالة ماجستير كليـة الشـريعة الأزهـر ١٤١٧هـ ص٥٨.

(٢) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٥٩٣، وحاشية الطحاوي ج٣ ص ٣٦-٣٧.

(٣) راجع: حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص ١٣٩.

(٤) راجع: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص٣٧٨، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠.

ومن الجدير بالذكر أن الصفة الإرادية لهذا الخيار قد أثبتها كذلك المشرع اليمني في نص المادة (٤٨٥) ،والتي أجازت للمتعاقدين الاتفاق على جعل الخيار للمشتري أو البـائع، وعلى ذلك فإن القانون المدني اليمني يؤكد على أن مصدر هذا الخيار هو الشرط الذي يتفق عليه العاقدان سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع.

وعلى الرغم من أن هذا الخيار هو من الخيارات الإرادية التي تثبت بالشرط ــ كما تقدم ــ إلا أن بعض الباحثين[١] قد أنكر عليه صفة الخيار؛ إذ يرى أن خيـار التعيـين ليس خياراً يسمح للمتعاقد بفسخ العقد بل هو تخيير يعطيه الحق في تعيين محل العقد ، ويرى كذلك أن بحث الخيارات طغى على نظرية الفسخ العامة، وأضـاع معالمهـا وأدخل فيها ما ليس منها .

والحق أن هذا الرأي غير صائب ؛ لأن خيار التعيين ينشأ في الأصـل بـإرادة الطرفين؛ إذ يقوم بناءً على شرط يتفق عليه الطرفان، سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع ، ولا ينشأ حق التخيير الممنوح لصاحب الخيار إلا إذا تم الاتفاق على الخيـار أولاً، كما أنه يجوز لصاحب الخيار إمضاء العقد أو فسخه إذا اقترن خيار التعيـين بخيار الشرط ، وتتحقق هنا مسألة الفسخ والإجازة التي طالب بها صاحب هذا الرأي، كما أن معنى التخيير يعني التفضيل ، أي الموازنة بين الأشياء واختيار أفضلها، وفي خيار التعيين يتحقق ذلك ؛ لأن صاحب الخيار لا يقدم على الاختيار إلا بعد الموازنة بين الأمور واختيار ما يناسبه ، وهذا الأمر لا يختص بخيار التعيين فحـسب، بـل موجود في جميع الخيارات، وأما قوله إن الخيار طغى على نظرية الفـسخ العامـة وأضاع معالمها فهذا القول محل نظر ؛ لأن نظرية الخيارات تعد من الأنظمة الفقهية المتكاملة التي لها معالمها وحدودها الواضحة، وليس فيها طغيان على نظرية الفـسخ كما يدعي ، وإنما هي نظرية فقهية تقوم على مبدأ عدم الضرر في المعـاملات ؛إذ تمنح العاقد فرصة الرجوع في التعاقد في حالتين: الحالة الأولى عند ظهور الضرر ، وهذا يترك لإرادة المضرور فله أن يرجع في العقد أو يمضيه ، وهذا الأمر يظهـر جليا في الخيارات الشرعية ؛كمن يشتري السلعة وبها عيب ،والحالة الثانيـة يتـرك

---

(١) راجع : النظرية العامة للفسخ في الفقه والقانون لحسن علي الذنوب، رسالة دكتوراة مقدمة إلـى كليـة الحقوق جامعة فؤاد، القاهرة ١٩٤٦م، ص ١٣٩.

الأمر للمتعاقدين للاتفاق على الخيار بهدف دفع الضرر قبل وقوعه كما هو الحال في الخيارات الشرطية محل هذه الدراسة، وعلى ذلك فالرجوع في التعاقد في نظام الخيارات لا يمس نظرية الفسخ التي لها مقوماتها وشروطها الخاصة .

ثانياً: خيار التعيين، والالتزام متعدد المحل:

الالتزام متعدد المحل هو التزام واحد، ولكنه ذو محل متعدد[١]، والمعنى أن محلـه يشمل أشياء متعددة[٢]؛ كأن يبيع أحدهم سيارة وحصاناً وبقرة صفقة واحدة، فهنا يتعدد محل الالتزام، ولا تبرأ ذمة البائع إلا إذا قام بتسليم الأشياء الثلاثة كلها[٣] أي يجب على البـائع أن يسلم المشتري السيارة والحصان والبقرة، ولا يجوز تفريق الصفقة.

و مع أن محل هذا الالتزام متعدد فإنه التزام بسيط ، وهو في ذلك لا يختلـف عـن الالتزام ذي المحل الواحد؛ ففي الالتزامين يجب على "المدين" أن يؤدي للدائن محل الالتزام كاملاً إن كان واحداً، أو جميع محال الالتزام إن كانت متعددة، ولا يجوز تأدية جـزء مـن المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضاء الدائن[٤] ؛ لأن من حـق الـدائن أن يرفض التنفيذ الجزئي، ويطالب المدين بتنفيذ كل ما التزم به ، أو بتسليم جميع الأشياء المتفق عليها.

(١) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري، مرجع سابق ج٣ ص١١٦، ودروس فـي أحكام الالتزام للدكتور/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ص٢٢٠، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٧٧م.

(٢) راجع: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البد راوي ج٢ص٢٥٧، مكتبة سيد وهبه، القاهرة، ١٩٧٥م.

(٣) راجع: الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكـيم ج٢ص٢٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ط٣ ،١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م ، ودروس في نظريـة الالتـزام (أحكـام الالتـزام) للدكتور/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٣٣٠-٣٣١ ،والنظرية العامة للالتزامات للدكتور/ حسن علي الذنوب ص٤٠٠، مطبوعات الجامعة المستنصرية، بغداد ، ١٩٧٦م ، ونظرية الالتـزام للـدكتور/ محمود جمال الدين زكي ج٢ص١٣٢ ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٤م ، وأصـول أحكـام الالتـزام والإثبات للدكتور/ جلال علي العدوي ،مرجع سابق ص١٤٦.

(٤) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، مرجع سابق ج٣ ص١١٧.

ويستطيع الدائن كذلك أن يطلب الفسخ لعدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيـذ التزامـه كاملاً، كما يستطيع الدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المدين بدفع الثمن مثلاً ولم يكن قد قام بتنفيـذ كل ما التزم به[١].

على أن الإلتزام ذا المحل الواحد قد يكون عقاراً أو منقولاً، وكذلك الالتزام متعـدد المحل قد يكون محاله المتعددة من العقارات أو من المنقولات، وقد يكـون بعضـها مـن العقارات تبعاً لطبيعتها[٢].

وبناءً على ما سلف يظهر الفرق بين خيار التعيين، والالتزام متعدد المحل، فالعقد مع خيار التعيين أو الالتزام التخييري -كما يطلق عليه شراح القانون- هو أيضا متعدد المحـل، ولكن واحداً من المحال المتعددة هو الواجب الأداء، وليس جميع المحال كما هو الحال فـي الالتزام متعدد المحل[٣]، فإذا التزم البائع بإعطاء المشتري داراً أو أرضاً فعندئذ يجوز للبائع بموجب خيار التعيين أن يفي بواحد من الاثنين إما الأرض، وإما الدار على حسب اختيـار البائع لكونه صاحب الخيار، وبذلك تبرأ ذمته إذا سلم المشتري واحداً منهما ؛ إذ لا يجـب عليه هنا إعطاء الشيئين معاً، وهذا بعكس الالتزام متعدد المحل.

ثالثا: خيار التعيين، والالتزام البدلي:

الالتزام البدلي هو الالتزام الذي لا يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئا آخر[٤]، ويعني ذلك أن الالتزام البدلي هو التزام ينصب علـى محـل

---

(١) راجع: الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكـيم، مرجـع سـابق ص٢٢٠، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ منذر الفضل ص١٧٣، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢م، والالتزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق ص ٥٦.

(٢) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري، مرجع سابق ج٣ ص ١١٧.

(٣) راجع:النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام للدكتور/ حسام الدين كامل الأهـواني، مرجـع سـابق ج٢ ص٢٤٣، والوافي في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور سليمان مـر قـس ص٥٥٦، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٨٨م، ونظرية الالتزام للدكتور أحمـد شـرف الـدين ج٢ ص٢٥١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المـنعم البدراوي، مرجع سابق ص٢٥٧،وخيار التعيين لإبراهيم عبدة علوان مرجع سابق ص٦٦.

(٤) راجع: دروس في نظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمـد لبيـب شـنب، مرجـع سـابق ص ٣٢٤،وخيارالتعيين لإبراهيم عبده علوان مرجع سابق ص٧٣

واحد فقط، ولكن ذمة المدين تبرأ بأداء شيء آخر بدلاً عنه[١]؛ كأن يقرض الـدائن المـدين مبلغاً من النقود، ويتفق معه على أنه عند حلول الأجل إذا لم يشأ أن يرد القرض الذي أخـذه منه كان له أن يعطيه بدلاً عنه قطعة أرض وهي البديل[٢]. وهذا هو مضمون الالتزام البدلي.

وبناءً على ذلك يختلف الالتزام البدلي عن خيار التعيين في أمور عدة هي:

١ –في البيع بخيار التعيين تتعدد الأشياء المخير فيها، ولكن يحق لصاحب الخيار أن يختار واحداً من بين الأشياء المتعددة، فإذا باع البائع سيارتين إلى المشتري وقال له: بعتـك إحداهما على أن لك الخيار في أن تختار واحدة منها وحدد ثمناً لكل واحدة على حـدة، فعندئذ يقع على المشتري أن يختار ما يناسبه منهما، وبذلك تصير هي محل العقد، ويعد المشتري مالكاً لها من حين التعاقد.

أما الالتزام البدلي فهو يقع على محل واحد هو المحل الأصلي، ولا يظهر البديل إلا عند استحقاق الوفاء، وبذلك يكون محل الالتزام واحداً يعين ابتداءً مع تخويل المـدين حـق الوفاء ببديل عنه فتبرأ ذمته بذلك[٣]، فهنا الالتزام غير متعدد المحل، بل له محل واحد، ولكن من حق المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلا من المحل الأصلي، وينقضي بذلك التزامه.

فإذا التزم أحد الأشخاص لآخر بإعطائه داراً، واحتفظ لنفسه بالحق في أن يعطيه إذا شاء سيارة بدلاً من الدار، فهنا طبيعة الالتزام بدلي؛ لأن محل الالتزام واحـد فقـط، وهـو الدار في هذا المثال، ولكن يحق لهذا الشخص أن يستبدل بالدار السيارة للوفاء بالتزامـه، ولا يستطيع الشخص الآخر أن يرفض ذلك[٤].

---

(١) راجع: النظرية العامة للالتزامات للدكتور/ حسن علي الذنون، مرجع سابق ص ٤٠٤ ،والمـوجز فـي النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للـدكتور أنـور سـلطان ج٢ ص٢٢٥ ، منـشاة المعـارف ، الإسكندرية ،١٩٦٥م .

(٢) راجع: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البدرواي، مرجع سابق ص٢٥٧.

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ج٣ ص١١٩، ونظرية الالتـزام للـدكتور/ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق ص ١٣٦.

(٤) راجع: أصول أحكام الالتزام للدكتور/ جلال علي العـدوي، مرجـع سـابق ص ١٥٠-١٥١، والالتـزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق ص ٤٣-٤٤.

المطلب الثاني
صور خيار التعيين، وطبيعته

الفرع الأول
صـــور خيار التعيـــين

بعد البحث والتمحيص تبيّن أن لخيار تعيين المبيع في المعاملات المالية ثلاث صور، الصورتان الأولى والثانية، تم استخلاصهما من التعاريف الفقهية سالفة الذكر، أما الـصورة الثالثة فهي مستنبطة من المعاملات التجارية المعاصرة، وأظن- حسب أقصى علمي- أنه لم يكن لها وجود في الزمن الماضي إلا في زماننا هذا، وهي كما يبدو- والله أعلم- تصلح لأن تكون صورة من صور خيار التعيين، وسيتم شرح وتوضيح هذه الصور على النحو الآتي:

الصورة الأولى:

وقد ذكر الفقهاء هذه الصورة عند تعريفهم لخيار التعيين[1]، وتكون في الغالب حين يتم التبايع بين المشتري والبائع على أن للمشتري الخيار في أن يختار واحداً أو أكثـر مـن الأشياء المخير فيها، فإذا اختار ما يناسبه سرت آثار العقد من وقت التعاقد، وليس من وقت الاختيار .

وهذا يعني أن الاختيار يكشف عن المبيع محل العقد ، ولا يؤثر في العقد مـن حيـث اللزوم وعدمه ؛ لأن العقد بات في بعض الأشياء المخير فيها، وعلى ذلـك فـإن الأشـياء المختارة تصبح محلاً للعقد، بمجرد أن يختارها صاحب الخيار، حيث يصير محـل العقـد معلوماً تماماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة[2].

---

(١) راجع: تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٢١، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١، وجامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج١ ص٢٤٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج١ ص٢٣، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٧٢، والتاج المذهب للعنسي ج٢ ص ٣٩٣، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢

(٢) راجع: الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور/ محمد يوسـف موسـى ؛ مرجـع سـابق ص٤٦ .

ولا تحتوي هذه الصورة على خيار المشتري فحسب، بل تشمل كذلك خيـــار البـــائع فالبائع يحق له أن يشترط الخيار لنفسه ؛ كأن تكون لديه سيارتان، ويرغب في بيع إحداهما، والاحتفاظ بالأخرى، ولكن لا يستطيع أن يحدد أياً منهما التي تستحق أن يحتفظ بهـــا، وأيـــاً منهما التي يريد أن يخرجها من ملكه[١]، ولذلك يشترط خيار التعيين لنفسه للتروي، والتفكر مدة محددة يحدد فيها السيارة التي يحتفظ بها لنفسه.

وبناء على ما سلف فالعقد في هذه الصورة يكون باتاً منذ البداية في عدد غير معـــين من الأشياء المخير فيها، ويجب على صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من بـــين الأشـــياء المخير فيها، حيث لا يستطيع التنصل عن الاختيار أو رفضه، وإن حاول ذلك أجبره القاضي على الاختيار.

الصورة الثانية:

تكون هذه الصورة حين يقترن خيار التعيين بخيار الشرط، فيصير بذلك عقد خيـــار واختيار[٢]، ويمكن التمثيل لهذه الصورة بالآتي: (إذا قال البائع للمشتري مثلاً بعتك إحـــدى هاتين السيارتين على أن لك الخيار في واحدة منهما، ثم لك الخيار فيما تختاره منهمـــا بـــين الرد والإمضاء في خلال مدة كذا).

فهنا المشتري من حقه أن يختار واحدة منهما، ثم هو فيما يختاره بالخيار بين ردهـــا إلى مالكها بموجب خيار الشرط، أو إمضاء العقد، أما الأخرى غير المختارة فهي أمانة بيده يجب عليه ردها إلى مالكها، وهذه الصورة أجازها جميع الفقهاء القـــائلين بجـــواز خيـــار التعيين[٣]، حيث إنهم أجازوا ارتباط خيار الشرط بخيار التعيين كما سيرد لاحقا.

---

(١) راجع: النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور/ رمضان على الشرنباصى ، مرجع سابق ص١٣٠

(٢) عقد خيار أي فيه خيار شرط فقط ، وعقد اختيار أي فيه خيار تعيين ، والمعنى هنا ارتبـــاط الخيـــارين ببعض، راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبيـــر للدر دير ج٤ ص١٧١.

(٣) راجع: جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٥، وبـــدائع الـــصنائع للكاســـاني ج٧ ص٢٧٦، وملتقى الأبحر للحلبي ج٢ وشرح الزر قاني على مختصر خليل لعبد الباقي الـــزر قـــاني ج٥ ص١٢٤، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٤٨، وشرح منح الجليل لمحمد عليش ج٥ ص١٣٨ ، والتاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٢٩٣.

وعلى ذلك فالعقد في هذه الصورة يكون غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار ، ومن حقه أن يرد الأشياء المخير فيها جميعها؛ لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين يمنع لزوم العقد، حيث يظل العقد غير لازم في حق صاحب الخيار سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع؛ ولذا فإن هذه الصورة تحقق فائدة كبيرة لصاحب الخيار تفوق تلك الفائدة التي تحققها الصورة الأولى؛لأنها تتيح له إعمال الفكر والتروي، وتمنحه فرصة لاختيار واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها، كما تمنع عنه الندم، والحرج؛ لأنه يستطيع أن يرد المبيع إلى مالكه إذا تبين له أنه غير مناسب له(١)؛ إذ إن كثيراً من الناس قد يحتاج إلى السلعة لكي يقوم بمعاينتها واختبارها ، وقد يكتشف بعد المعاينة أنها لا تناسبه لسبب أو لآخر ، ومن ثم يحق له رد جميع الأشياء المخير فيها ، ولذلك فإن لهذه الصورة أهمية بالغة في معاملات الناس .

الصورة الثالثة :

وهذه الصورة مستخلصة من الواقع المعيش ؛ فالناس في زماننا الراهن يمارسونها في معاملاتهم التجارية دون أن يعلموا اسمها أو تكييفها الفقهي، وتكون في حالة أن يعرض البائع مثلاً كومة من السلع مختلفة الأصناف، أو متحدة، ثم يضع سعراً موحداً لكل واحد من الأشياء المخير فيها، ويترك الأمر للمشتري، والمشتري يختار بإرادته ما يناسبه من هذه السلع المكومة بالسعر الذي عرضه البائع؛ فيأخذ ما يراه مناسباً له سواء أكان من صنف واحد أم من أنواع عدة، وسواء أكان واحداً أم أكثر من ذلك، فقد يضع البائع سعراً محدداً لكل سلعة؛ وليكن مثلاً (مائة جنيه) فأي شيء يختاره المشتري بذلك المبلغ، وبذلك يتحقق معنى الاختيار في هذه الصورة .

ولا يوجد في هذه الصورة غرر، ولا مخاطرة ، ولا غبن ، ولا جهالة مفضية إلى النزاع؛ لأن البائع هو الذي حدد السعر بمحض إرادته ، والمشتري هو صاحب الخيار ، ومن حقه أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ، وإذا تم التعيين صار المشتري مالكاً للشيء الذي وقع عليه الاختيار.

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٦.

ولقد التفت بعض المحدثين إلى هذه الصورة، وأجازها؛ لأن الأصل في المبايعات والعقــود الحل ، والصحة، والناس قد تعارفوا على أن البيع بهذه الصورة صحيح[١].

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز في هذه الصورة أن يقترن خيار التعيين بخيار الشرط؛ حيث يحق للمشتري أن يختار عدة أشياء ، ثم يشترط لنفسه خيار شرط التروي لمدة محددة وله أن يأخذ ما يناسبه ، أو يرد الكل خلال المدة المحددة لخيار الشرط ؛ كأن يكــون لــدى البائع مجموعة من الكتب ، وقال للمشتري خذ هذه الكتب واختر ما يناسبك منها بخمسين .. ، وأنت فيما تختاره بالخيار بين الرد، والإمضاء في مدة كذا ،هذه هي صور خيار التعيــين كما ظهر لي من آراء الفقهاء، ومع ذلك وجدت بعض المعاصرين قد ذكر أن خيار التعيين له صورتين احدهما مثل الصورة الأولى التي تم ذكر أما الأخرى فهي تكون حــين يشــتري احدهم شيئا ويرد أن يرده إلى صاحبه بحم خيار الشرط وصاحبه يرفضه قائلا انه ليس هــو المبيع[٢] ، والواقع أن هذا القول محل نظر لان ليس في هذه الصورة البيع بخيــار التعيــين وإنما فيها اختلاف العاقدين في الادعاء وهذا موضع يخضع للأدلة والبينة لاعلاقة له بخيار تعيين المبيع.

(١) راجع. الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص١٧٩. وجاء فيه "يوجد الآن بيع يتبايعــه الناس فيكون عند البائع كومة من الحبحب "البطيخ" فيقول البائع: بعت عليك واحدة من الكومة بريالين تخير، وعادة الناس الآن أن البيع صحيح نافذ، وأن المشتري أخذ الحبة التي يريدها لأن البائع قد عرف أن أعلى ما يكون من هذه المجموعة أن يبلغ إلى ريالين فهو غير مغبون.. إلى أن قال: وكذلك أيضــا شاة من قطيع كأن يأتي إلى قطيع الغنم، ويقول اختر ما شئت من هذه الغنم بمائة ريال".

(٢) راجع خيار التعيين لإبراهيم عبده علوان مرجع سابق ص٨٠.

الفرع الثاني
طبيعة خيار التعيين

خيار التعيين هو واحد من الخيارات الاتفاقية التي تثبت بالشرط ، حيث إن الإرادة هي مصدر هذا الخيار[١] ؛ إذ لابد من اتفاق العاقدين على شرط خيار تعيين المبيع ؛ فلو قال المشتري للبائع اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن اختار أحدهما، ولم يوافق البائع على ذلك، فلا ينعقد الخيار للمشتري لعدم تطابق الإرادتين.

والحال كذلك إذا سكت البائع عن الخيار[٢]؛ كأن يقول بعتك أحد الثوبين دون أن يذكر الخيار فلا ينشأ الخيار هنا ؛ لأن البيع فاسد، ولذلك لابد أن يقول البائع للمشتري بعتك أحد هذين الثوبين على أنك بالخيار في أيهما شئت، أو على أن تأخذ أيهما شئت[٣].

على أن هذا الخيار يصح بأي لفظ يدل عليه، فقد يكون من البائع للمشتري؛ كأن يقول البائع للمشتري بعتك أحد هذين الثوبين على أن تأخذ واحداً منهما، وترد الآخر فالخيار هنا للمشتري، وقد صدرت الصيغة من البائع، وقد يكون الخيار صادراً من المشتري للبائع ؛ كأن يقول المشتري اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن لك الخيار في أن تعطيني أحدهما.

وعلى هذا الأساس فخيار التعيين عبارة عن شرط يقترن بالعقد فيجعله لازماً في واحد لا بعينه من الأشياء المخير فيها[٤] إذا كان هذا الخيار غير مقترن بخيار الشرط، أما إذا اجتمع الخياران معاً، فلا يكون العقد لازماً بسبب دخول خيار الشرط .

وعلى ذلك فهذا الخيار يقترن بالعقد، ويجعله تارة لازماً في عدد من الأشياء المخير فيها لا بعينها ، وتارة يجعله غير لازم إذا اقترن به خيار الشرط ، وخيار التعيين ؛كخياري الشرط والنقد يعد رخصة شرعية أجازه الفقهاء بناء على حاجة الناس كما سيتضح لاحقا عند الحديث عن مشروعية هذا الخيار.

---

(١) راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٤ ص ٢١٥ .وقد ذهب بعض الباحثين الى القول إن خيار التعيين قد يثبت بقوة الشرع أو باتفاق المتعاقدين؛ وهذا القول محل نظر لأن خيار تعيين المبيع لايثبت الابالشرط.راجع خيار التعيين لإبراهيم عبد علوان رسالة ماجستير كلية الشريعة الأزهر ١٤١٧هـ ص٥٨.

(٢) راجع: بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٥٩٣، وحاشية الطحاوي ج٣ ص ٣٦-٣٧.

(٣) راجع: حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص ١٣٩.

(٤) راجع: شرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص٣٧٨، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠.

ومن الجدير بالذكر أن الصفة الإرادية لهذا الخيار قد أثبتها كذلك المشرع اليمني فى نص المادة (٤٨٥) ،والتي أجازت للمتعاقدين الاتفاق على جعل الخيار للمشتري أو البـــائع، وعلى ذلك فإن القانون المدني اليمني يؤكد على أن مصدر هذا الخيار هو الشرط الذي يتفق عليه العاقدان سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع.

وعلى الرغم من أن هذا الخيار هو من الخيارات الإرادية التي تثبت بالشرط ــ كما تقدم ــ إلا أن بعض الباحثين[1] قد أنكر عليه صفة الخيار؛ إذ يرى أن خيـــار التعيـــين ليس خياراً يسمح للمتعاقد بفسخ العقد بل هو تخيير يعطيه الحق في تعيين محل العقد ، ويرى كذلك أن بحث الخيارات طغى على نظرية الفسخ العامة، وأضـــاع معالمهـــا وأدخل فيها ما ليس منها .

والحق أن هذا الرأي غير صائب ؛ لأن خيار التعيين ينشأ في الأصـــل بـــإرادة الطرفين؛ إذ يقوم بناءً على شرط يتفق عليه الطرفان، سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع ، ولا ينشأ حق التخيير الممنوح لصاحب الخيار إلا إذا تم الاتفاق على الخيـــار أولاً، كما أنه يجوز لصاحب الخيار إمضاء العقد أو فسخه إذا اقترن خيار التعيـــين بخيار الشرط ، وتتحقق هنا مسألة الفسخ والإجازة التي طالب بها صاحب هذا الرأي، كما أن معنى التخيير يعني التفضيل ، أي الموازنة بين الأشياء واختيار أفضلها، وفي خيار التعيين يتحقق ذلك ؛ لأن صاحب الخيار لا يقدم على الاختيار إلا بعد الموازنة بين الأمور واختيار ما يناسبه ، وهذا الأمر لا يختص بخيار التعيين فحـــسب، بـــل موجود في جميع الخيارات، وأما قوله إن الخيار طغى على نظرية الفـــسخ العامـــة وأضاع معالمها فهذا القول محل نظر ؛ لأن نظرية الخيارات تعد من الأنظمة الفقهية المتكاملة التي لها معالمها وحدودها الواضحة، وليس فيها طغيان على نظرية الفـــسخ كما يدعي ، وإنما هي نظرية فقهية تقوم على مبدأ عدم الضرر في المعـــاملات ؛إذ تمنح العاقد فرصة الرجوع في التعاقد في حالتين: الحالة الأولى عند ظهور الضرر ، وهذا يترك لإرادة المضرور فله أن يرجع في العقد أو يمضيه ، وهذا الأمر يظهـــر جليا في الخيارات الشرعية ؛كمن يشتري السلعة وبها عيب ،والحالة الثانيـــة يتـــرك

---

(1) راجع : النظرية العامة للفسخ في الفقه والقانون لحسن علي الذنوب، رسالة دكتوراة مقدمة إلـــى كليـــة الحقوق جامعة فؤاد، القاهرة ١٩٤٦م، ص١٣٩.

الأمر للمتعاقدين للاتفاق على الخيار بهدف دفع الضرر قبل وقوعه كما هو الحال في الخيارات الشرطية محل هذه الدراسة، وعلى ذلك فالرجوع في التعاقد في نظام الخيارات لا يمس نظرية الفسخ التي لها مقوماتها وشروطها الخاصة .

المطلب الثالث
التصرفات ذات الصلة بخيار التعيين

سيتم في هذا المطلب التمييز بين خيار التعيين، وبين بعض التصرفات ذات الــصلة به، حيث سيتم ذكر أهم مميزات خيار التعيين، والتي تميزه عن كل من خيــاري الــشرط، والنقد، والالتزام متعدد المحل، والالتزام البدلي، والالتزام المعلــق علــى شــرط واقــف، والالتزام بشيء غير معين بالذات،وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: خيار التعيين وخيارا الشرط ، والنقد:

تقدم سلفا الحديث عن خيار الشرط، وكذا خيار النقد، ووقفنا علــى تعريــف خيــار التعيين، وهذه الخيارات جميعها هي خيارات إرادية تثبت بسبب الــشرط، وتنــشأ بــإرادة المتعاقدين واتفاقهما، ومع أن الخيارات الإرادية لها طابع واحد تشترك فيــه، ومــصدرها جميعاً إرادة العاقدين، إلا أن لكل خيار سماته الخاصة به، والتي تجعل منه خياراً قائما بذاته.

فخيار الشرط، وخيار التعيين بينهما أوجه شبه، وأوجه اختلاف، أما أوجــه الــشبه بينهما، فتتجلى في أنهما من شجرة واحدة، وينتميان جميعاً إلى عائلة واحدة هي (الخيــارات الشرطية)؛ إذ لابد من شرط ينشأ بموجبه الخيار في كليهما، كما لابد من تحديد مدة محــددة فيهما، ولابد من تحديد صاحب الخيار.

أما أوجه الاختلاف فتنحصر في أن سلطة صاحب خيار التعيين العاري عن خيــار الشرط تتمثل في اختيار واحد أو أكثر من الأشياء المعروضة عليه والمخير فيهــا، وبــذلك يكون البيع باتاً في عدد من الأشياء المخير فيها لا على التعيين، أما سلطة صــاحب خيــار الشرط فتنحصر في الأخذ أو الرد، أي أخذ جميع المبيع أو رده، بمعنى أن يمضي العقــد أو يفسخه، والبيع غير لازم بالنسبة له؛ فله رد الجميع، وله أخذ المبيع كله، كمــا أنــه يجــوز لصاحب خيار التعيين أن يأخذ الكل أو يرد الكل إذا اقترن خيار التعيين بخيار الــشرط[١] ، وإذا مضت المدة في خيار الشرط صار العقد لازما في كل المبيع ، في حين لا يصير العقد لازما بمضي المدة في خيار التعيين إلا في بعض الأشياء المخير فيها .

---

(١) راجع: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣٢.

وهناك صورة من خيار الشرط يخيل للقارئ أنها تشبه خيار التعيين، ولكنهــا غيــر ذلك فهي مجرد اشتراط خيار الشرط في بعض المبيع، والبيع يكون باتاً في بعضه الآخر[١]، وصورة ذلك أن يبيع الشخص مثلاً ثوبين، فيقول للمشتري ثمن الأحمر كذا، وثمن الأصفر كذا وقد بعتهما لك، على أن لك الخيار في الثوب الأحمر عشرة أيام، أما الثوب الأصفر فلا خيار فيه، وعلى ذلك فالبيع بات في الثوب الأصفر، أما الثوب الأحمر فالبيع غير بات فيــه بسبب وجود خيار الشرط، وعلى هذا الأساس، فالخيار هنا في بعض المبيع فقط.

وإذا طبقنا المثال السابق في خيار التعيين؛ فيقول البائع للمشتري بعتك أحــد هــذين الثوبين الأحمر بكذا والأصفر بكذا على أن لك الخيار في واحد منهما تختاره خــلال مــدة عشرة أيام، على أن ترد الآخر، فهنا المبيع واحد من الاثنين لا بعينه، والبيع بات في واحــد شائع من الثوبين، ولا يتحدد هذا الواحد إلا بعد أن يختاره صاحب خيار التعيين، وعلى ذلك فالاختلاف واضح بين خيار التعيين، وخيار الشرط في بعض المبيع؛ إذ البيع بخيار التعيين بات في واحد غير معين من الثوبين، وبالتعيين يتحدد هذا الواحد بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة، أما البيع بخيار الشرط في بعض المبيع فهو بات في واحد بعينه من الثوبين، وهــو الثوب الأصفر، وخيار الشرط يقع على الثوب الأحمر، وبذلك يظهر الفرق بين الخيارين.

وما سلف كان عن صلة خيار التعيين بخيار الشرط، أما صلة خيار التعيــين بخيــار النقد، فتتمثل في أن هذا الخيار يتفق كذلك مع خيار النقد بأن كليهما من الخيــارات الثابتــة بالشرط، ولكن يختلف عن خيار النقد في كون خيار النقد يهدف إلى دفع مماطلة المــشتري وينفسخ العقد إذا فاتت مدة الخيار، ولم ينقد المشتري الثمن، والعقد بخيار النقــد غيــر لازم بالنسبة لمن له الخيار سواء أكان الخيار للمشتري كما هو الحال في الصورة الأولى، أم كان الخيار للبائع كما هو في الصورة الثانية، ولا يصير العقد لازما إلا إذا أجاز العقد صــاحب الخيار، أو فاتت المدة بالنسبة للصورة الثانية، في حين أن خيار التعيين يكون باتاً في عــدد من الأشياء المخير فيها، وما على صاحب الخيار إلا أن يختار ما يناسبه من بينها.

---

(١) راجع: الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٢، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص ٢٤٧.

ثانياً: خيار التعيين، والالتزام متعدد المحل:

الالتزام متعدد المحل هو التزام واحد، ولكنه ذو محل متعدد(١)، والمعنى أن محلــه يشمل أشياء متعددة(٢)؛ كأن يبيع أحدهم سيارة وحصاناً وبقرة صفقة واحدة، فهنا يتعدد محل الالتزام، ولا تبرأ ذمة البائع إلا إذا قام بتسليم الأشياء الثلاثة كلها(٣) أي يجب على البــائع أن يسلم المشتري السيارة والحصان والبقرة، ولا يجوز تفريق الصفقة.

و مع أن محل هذا الالتزام متعدد فإنه التزام بسيط ، وهو في ذلك لا يختلــف عــن الالتزام ذي المحل الواحد؛ ففي الالتزامين يجب على "المدين" أن يؤدي للدائن محل الالتزام كاملاً إن كان واحداً، أو جميع محال الالتزام إن كانت متعددة، ولا يجوز تأدية جــزء مــن المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضاء الدائن(٤) ؛ لأن من حــق الــدائن أن يرفض التنفيذ الجزئي، ويطالب المدين بتنفيذ كل ما التزم به ، أو بتسليم جميع الأشياء المتفق عليها.

---

(١) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري، مرجع سابق ج٣ ص١١٦، ودروس فــي أحكام الالتزام للدكتور/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ص٢٢٠، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٧٧م.

(٢) راجع: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البد راوي ج٢ص٢٥٧، مكتبة سيد وهبه، القاهرة، ١٩٧٥م.

(٣) راجع: الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكـيم ج٢ص٢٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ط٣ ،١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م ، ودروس في نظريــة الالتــزام (أحكــام الالتــزام) للدكتور/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٣٣٠-٣٣١ ،والنظرية العامة للالتزامات للدكتور/ حسن علي الذنوب ص٤٠٠، مطبوعات الجامعة المستنصرية، بغداد ، ١٩٧٦م ، ونظرية الالتــزام للــدكتور/ محمود جمال الدين زكي ج٢ص١٣٢ ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٤م ، وأصــول أحكــام الالتــزام والإثبات للدكتور/ جلال علي العدوي ،مرجع سابق ص١٤٦.

(٤) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، مرجع سابق ج٣ ص١١٧.

ويستطيع الدائن كذلك أن يطلب الفسخ لعدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيـذ التزامـه كاملاً، كما يستطيع الدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المدين بدفع الثمن مثلاً ولم يكن قد قام بتنفيـذ كل ما التزم به[١].

على أن الإلتزام ذا المحل الواحد قد يكون عقاراً أو منقولاً، وكذلك الالتزام متعـدد المحل قد يكون محاله المتعددة من العقارات أو من المنقولات، وقد يكـون بعضـها مـن العقارات تبعاً لطبيعتها[٢].

وبناءً على ما سلف يظهر الفرق بين خيار التعيين، والالتزام متعدد المحل، فالعقد مع خيار التعيين أو الالتزام التخييري -كما يطلق عليه شراح القانون- هو أيضا متعدد المحـل، ولكن واحداً من المحال المتعددة هو الواجب الأداء، وليس جميع المحال كما هو الحال فـي الالتزام متعدد المحل[٣]، فإذا التزم البائع بإعطاء المشتري داراً أو أرضاً فعندئذ يجوز للبائع بموجب خيار التعيين أن يفي بواحد من الاثنين إما الأرض، وإما الدار على حسب اختيـار البائع لكونه صاحب الخيار، وبذلك تبرأ ذمته إذا سلم المشتري واحداً منهما ؛ إذ لا يجـب عليه هنا إعطاء الشيئين معاً، وهذا بعكس الالتزام متعدد المحل.

<u>ثالثا: خيار التعيين، والالتزام البدلي:</u>

الالتزام البدلي هو الالتزام الذي لا يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئا آخر[٤]، ويعني ذلك أن الالتزام البدلي هو التزام ينصب علـى محـل

---

(١) راجع: الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكـيم: مرجـع سـابق ص٢٢٠، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ منذر الفضل ص١٧٣، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢م، والالتزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق ص ٥٦.

(٢) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري، مرجع سابق ج٣ ص ١١٧.

(٣) راجع:النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام للدكتور/ حسام الدين كامل الأهـواني، مرجـع سـابق ج٢ ص٢٤٣، والوافي في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور سليمان مـر قـس ص٥٥٦، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٨٨م، ونظرية الالتزام للدكتور أحمـد شـرف الـدين ج٢ ص٢٥١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المـنعم البدرواي، مرجع سابق ص٢٥٧،وخيار التعيين لإبراهيم عبدة علوان مرجع سابق ص٦٦.

(٤) راجع: دروس في نظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمـد لبيـب شـنب، مرجـع سـابق ص ٣٣٤،وخيار التعيين لإبراهيم عبده علوان مرجع سابق ص٧٣

واحد فقط، ولكن ذمة المدين تبرأ بأداء شيء آخر بدلاً عنه[١]؛ كأن يقرض الـــدائن المـــدين مبلغاً من النقود، ويتفق معه على أنه عند حلول الأجل إذا لم يشأ أن يرد القرض الذي أخـــذه منه كان له أن يعطيه بدلاً عنه قطعة أرض وهي البديل[٢]. وهذا هو مضمون الالتزام البدلي.

وبناءً على ذلك يختلف الالتزام البدلي عن خيار التعيين في أمور عدة هي:

١ -في البيع بخيار التعيين تتعدد الأشياء المخير فيها، ولكن يحق لصاحب الخيار أن يختار واحداً من بين الأشياء المتعددة، فإذا باع البائع سيارتين إلى المشتري وقال له: بعتـــك إحداهما على أن لك الخيار في أن تختار واحدة منها وحدد ثمناً لكل واحدة على حـــدة، فعندئذ يقع على المشتري أن يختار ما يناسبه منهما، وبذلك تصير هي محل العقد، ويعد المشتري مالكاً لها من حين التعاقد.

أما الالتزام البدلي فهو يقع على محل واحد هو المحل الأصلي، ولا يظهر البديل إلا عند استحقاق الوفاء، وبذلك يكون محل الالتزام واحداً يعين ابتداءً مع تخويل المـــدين حـــق الوفاء ببديل عنه فتبرأ ذمته بذلك[٣]، فهنا الالتزام غير متعدد المحل، بل له محل واحد، ولكن من حق المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلا من المحل الأصلي، وينقضي بذلك التزامه.

فإذا التزم أحد الأشخاص لآخر بإعطائه داراً، واحتفظ لنفسه بالحق في أن يعطيه إذا شاء سيارة بدلاً من الدار، فهنا طبيعة الالتزام بدلي؛ لأن محل الالتزام واحـــد فقـــط، وهـــو الدارفي هذا المثال، ولكن يحق لهذا الشخص أن يستبدل بالدار السيارة للوفاء بالتزامـــه، ولا يستطيع الشخص الآخر أن يرفض ذلك[٤].

---

(١) راجع: النظرية العامة للالتزامات للدكتور/ حسن علي الذنون، مرجع سابق ص ٤٠٤ ،والمـــوجز فـــي النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للـــدكتور أنـــور ســـلطان ج٢ ص٢٢٥ ، منـــشأة المعـــارف ، الإسكندرية ،١٩٦٥م .

(٢) راجع: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البدرواي، مرجع سابق ص٢٥٧.

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ج٣ ص١١٩، ونظرية الالتـــزام للـــدكتور/ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق ص ١٣٦.

(٤) راجع: أصول أحكام الالتزام للدكتور/ جلال علي العـــدوي، مرجـــع ســـابق ص ١٥٠-١٥١، والالتـــزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق ص ٤٣-٤٤.

٢ – مصدر الالتزام البدلي قد يكون الاتفاق أو نص القانون[١] في حين أن مـــصدر خيـــار التعيين الإرادة، فهي المسئولة عن إنشاء هذا الخيار، كما أن المحل في العقد المـــشتمل على خيار التعيين غير معين ابتداءً، ولا يتعين إلا بعد الاختيار من قبل صاحب الخيار أما محل الالتزام البدلي فهو معين من البداية؛ إذ تتعين طبيعة الالتزام البدلي بالنظر إلى طبيعة الشيء الأصلي الذي يلتزم به المدين[٢]، دون الالتفات إلى البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه فإذا كان الأداء الأصلي عقاراً كان الالتزام عقارياً ولو كان البدل منقولاً، أما إذا كان الأداء الأصلي منقولاً كان الالتزام منقولاً.

٣ – يكون الخيار في الالتزام البدلي دائماً للمدين فلا يتصور أن يكون الخيار للـــدائن، فـــي حين أن الخيار في العقد المشمول بخيار التعيين، قد يكون للمدين (البـــائع) أو للـــدائن (المشتري)؛ ولذلك يقال إن الالتزام البدلي هو بمثابة ضمان للمدين لا ضمان للدائن[٣]؛ لأنه يمنح المدين فرصة الوفاء بالبدل دون المحل الأصلي[٤].

٤ – ينقضي الالتزام البدلي إذا هلك محل الأداء الأصلي ولو كان الوفاء بالبديل ممكنـــاً[٥]، وهذا بعكس خيار التعيين حيث إن هلاك أحد الأشياء المخير فيها لا يؤدي إلى انقضاء الخيار، وإنما يكون الخيار في الباقي.

رابعا: خيار التعيين، والالتزام المعلق على شرط واقف:

الشرط الواقف هو الذي يعلق عليه نشوء الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط نشأ الالتزام ووجب تنفيذه؛ كأن يقول أحدهم لآخر إذا سافرت للدراسة أبيعك أثاث منزلي، فلو تخلـــف

---

(١) راجع: الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم، مرجع ســـابق ص ٢٣٣-٢٣٤.

(٢) راجع: أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، للدكتور/ طلبه وهبه خطاب، مرجع سابق ص١٨٥، وأصول أحكام الالتزام للدكتور/ جلال علي العدوي، مرجع سابق ص ١٥٠.

(٣) راجع: دروس في نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ٣٣٥، والنظرية العامـــة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البدراوي، مرجع ج٢ ص٢٦١.

(٤) راجع : دروس في أحكام الالتزام للدكتور/ فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق ص ٢٢٦-٢٢٧.

(٥) راجع: أحكام الالتزام للدكتور/ طلبه وهبه خطاب، مرجع سابق ص١٨٥.

الشرط ولم يسافر لم ينشأ العقد[١]؛ لأن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التــزام غيــر مؤكد، حيث إن وجوده موقوف على الشرط ؛ ولهذا فإن حق الدائن المعلق على شرط واقف هو حق غير مؤكد ؛ إذ لا يعلم إن كان سيتحقق أم لا[٢].

وعلى هذا الأساس يظهر الفرق جلياً بين خيار التعيين، والالتزام المعلق على شرط واقف[٣]، حيث إن العقد المشمول بخيار التعيين يكون لازماً في عدد من الأشياء المخير فيها إن لم يقترن خيار التعيين بخيار الشرط ؛إذ يجب على صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه.

وعلى ذلك فالاختيار أمر محقق لابد من حصوله من قبل صاحب الخيار فإذا رفض أن يختار انتقل الخيار إلى غيره، حيث يقوم مقامه القاضي، إن كان الخيار للمدين (البـــائع)، وينتقل الخيار إلى المدين إن كان الخيار للدائن، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فوجوده غير مؤكد[٤]، وهذا بخلاف خيار التعيين.

كما أن خيار التعيين يختلف عن الالتزام المعلق على شرط واقف من حيــث تبعـــة الهلاك؛ فإذا هلك محل الالتزام الشرطي بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط فتبعة الهلاك يتحملها المدين، أما تبعة هلاك أحد المحال المخير فيها فهي على المشتري إن هلكت بيده[٥].

خامساً: خيار التعيين والالتزام بشيء غير معين بالذات:

الالتزام بشيء غير معين بالذات هو الذي يكون المبيع فيه شيء غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة؛ كأن يلتزم البائع بأن يبيع شاة غير معينة من قطيع الغنم المملوكة له،

---

(١) راجع: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ منذر فــضل، مرجــع ســابق ج٢ ص١٥٦، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ حسن علي الذنوب، مرجع سابق ص٣٨٧.

(٢) راجع: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمود عبد الــرحمن محمـــد ص٣٨٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢ ،١٩٩٩م .

(٣) يلاحظ أن القانون المدني اليمني لا يستعمل لفظ الشرط الواقف أو الفاسخ، وقد أعرض عنهما؛ لأنهما من ابتداع الفقه اللاتيني والجرماني، ولا وجود لهما في الفقه الإسلامي.

(٤) راجع: أحكام الالتزام للدكتور/ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق ص٢٣٣، وموسوعة العقــود المدنيـــة والتجارية للدكتور/ إلياس ناصيف ج٩ ص٣١٧-٣١٨، دار نمنم للطباعة والنشر، عمّان ١٩٩٧م.

(٥) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/السنهوري، مرجع سابق ج٣ ص١٢٨.

فهنا المبيع غير معين، وغير معروف من بين الأشياء[١].

أما الأشياء المخير فيها في العقد بخيار التعيين فهي معينة بذاتها، وكل واحد منها قد عين تعييناً كافياً بحيث لا يختلط بغيره، على أن واحد منها هو الذي سيكون محلاً للعقد إن تم اختياره، ومثال ذلك أن يبيع أحدهم شاة غير معينة من بين عدة شياة في الحظيـــرة ، حيـــث يحدد لكل شاة ثمنها، ويتم تحديد مدة معينة يختار فيها المشتري ما يناسبه من هذه الـــشياة ، وعلى ذلك؛ فالأشياء المخير فيها محددة وواضحة ، وما على صاحب الخيار إلا أن يختار ما يناسبه منها ، أما في حالة الالتزام بإعطاء شيء غير معروف من بين أشياء معروفة، فهـــذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها[٢] كما هي معينة في العقد المشتمل على خيار التعيين، بل هي قد عينت بأنها الشياة التي في الحظيرة دون أن تعين هذه الشياة شاةً شاةً.

وعلى هذا الأساس؛ فالاختلاف بين خيار التعيين والالتزام بشيء غير معين يبـــرز جلياً؛ لأن المشتري في المثال السابق حين يقع اختياره على واحد من هذه الأشـــياء فعندئـــذ تنتقل ملكية هذا الشيء إليه من حين التعاقد لا من وقت الاختيار، في حين أن المشتري فـــي الالتزام بشيء غير معين تنتقل الملكية إليه من وقت الفرز، وليس من وقت البيع.

كما أن تبعة الهلاك تختلف في خيار التعيين عنه في الالتزام بشيء غير معين ؛ ففي الشيء غير المعين إذا تم فرز الشاة مثلاً، وتم إخطار المشتري بالتسليم ،ولكن هلكت قبـــل التسليم ،فالهلاك لا يقع على المشتري بل على البائع، ويجب عليه فرز شاة أخرى لتسليمها للمشتري، أما إذا اختار صاحب خيار التعيين الشاة بعينها، ومع ذلك لم يتسلمها رغم إعذار البائع له، فهنا تبعة الهلاك تكون على المشتري ،وليس على البائع[٣].

---

(١) راجع: موسوعة العقود المدنية والتجارية للدكتور/ إلياس ناصيف ج٩ ص٣١٨-٣١٩.

(٢) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري، مرجع سابق ج٣ ص١٢٩ .

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني /للدكتورالسنهوري، المرجع السابق ج٣ ص١٢٩ ، والالتـــزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق ص٥٣.

سادساً: خيار التعيين، والشرط الجزائي:

يعرف الشرط الجزائي بأنه عبارة عن تقدير يتفق عليه المتعاقدان للتعويض الـــذي يجب على المدين أن يدفعه إذا لم يقم بتنفيذ التزامه المترتب بموجب العقد[١]، علـــى أنـــه لا يجب دفع التعويض إلا إذا كان عدم التنفيذ ناشئاً عن خطأ المدين[٢].

وعلى ذلك فإن الشرط الجزائي يختلف عن خيار التعيين من حيث إن المـــدين فـــي الالتزام المصحوب بشرط جزائي لا يستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العينـــي، بـــل يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ويصر عليه ويلزم المدين به متى كان ذلك مستطاعاً، أما إذا صار التنفيذ العيني غير ممكن فإن الشرط الجزائي يصبح واجب الأداء لكونه تعويضاً مستحقاً عند عدم التنفيذ، إذا كان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن خطأ المدين كما تقدم ، و هـــذا بخلاف العقد المشتمل على خيار التعيين حيث يجوز للبائع صاحب الخيار أن يختـــار أحـــد الشيئين المخير فيهما، ويعطيه للمشتري، ولا يستطيع المشتري أن يعارضه في الاختيار أو يرفض الإيفاء أو يصر على الوفاء بواسطة الموضوع الآخر[٣]، كما يســـتطيع المشـــتري صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها، ولا يحق للبائع أن يعترض على هذا الاختيار.

ويختلف كذلك العقد المشتمل على خيار التعيين عن الشرط الجزائي من حيـــث إنـــه إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام المصحوب بشرط جزائي مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي، ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً ،أما في العقد بخيار التعيين، فإذا أصبح تنفيـــذ أحد الشيئين مستحيلاً بسبب أجنبي فإن المحل الثاني يصير مستحقاً، وهذا بعكس الشرط الجزائي ، كما أن الدائن لا يملك الاختيار بين مبلغ التعويض المنصوص عليه في البند الجزائي، وبين طلب تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان الالتزام الأصلي ممكن التنفيذ[٤]، أما صاحب خيار التعيـــين فمن حقه أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير بينها.

---

(١) راجع: موسوعة العقود المدنية والتجارية للدكتور/ إلياس ناصيف، مرجع سابق ج٩ ص٣١٦.
(٢) راجع: الموجز في شرح القانون المدني للدكتور/ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق ج٢ ص٢٣٢.
(٣) راجع: موسوعة العقود المدنية والتجارية للدكتور/ إلياس ناصيف، مرجع سابق ج٩ص٣١٧.
(٤) راجع: الموجز في شرح القانون المدني للدكتور/ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق ص٢٣٢ ، و.والالتزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري مرجع سابق ص٤٩، خيار التعيين لابراهيم عبده مرجع سابق ص٧٢-٧٣.

المبحث الثاني
مشروعية خيار التعيين

يتناول هذا المبحث آراء الفقهاء حول جواز خيار التعيين ، وأدلتهم ، ومناقشتها مع ذكر الراجح منها ، وبيان موقف القانون المدني اليمني من هذا الخيار ، وعلى ذلــك تــم توزيع هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول : آراء الفقهاء حول جواز خيار التعيين

المطلب الثاني : أدلة المجيزين لخيار التعيين والمانعين له

المطلب الثالث : مناقشة الأدلة والترجيح بينها

المطلب الرابع : موقف القانون المدني اليمني من خيار التعيين



المطلب الأول

آراء الفقهاء حول مشروعية خيار التعيين

تباينت آراء فقهاء المذاهب الإسلامية ، بشأن مشروعية هذا الخيار حيث أجـــازه بعضهم، ومنعه آخرون ، وسيتم ذكر المجيزين لخيار التعيين ، والمانعين له على النحـــو الآتي:

أولاً : المجيزون لخيار التعيين :

وهم الأحناف عدا زُفر[١] ،والمالكية[٢]، وبعض الحنابلة[٣] ،والزيدية[٤] ، وبعض الإباضية[٥]

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٥ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧١ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١١ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني مع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص٤٣٩ ، وحاشية الطحاوي على الدر المختار ج٣ ص٣٧

(٢) راجع : المدونة الكبرى للإمام مالك ج٣ ص ٢٢٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدر ديرج٤ ص١٧١.

(٣) وقد ذكرت كتب الحنابلة أن هذا الرأي لأبي الخطاب ، وأبي الوفاء ، حيث يرى أبو الخطاب جواز بيع عبد من عبيد أو شاة من قطيع إن تساوت القيمة ، ويرى أبو الوفاء جواز بيع عبد من ثلاثة بشرط الخيـــار فقط . راجع : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٣٠ ، والإنصاف للمرداوى ج٤ ص٣٠٢ ، والفروع لأبي عبد الله بن مفلح ج٤ ص٢٦.

وأبو الخطاب هو : محفوظ بن أحمد ، إمام الحنابلة في وقته ، أصله من بغداد ، ومولده بها في ســـنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة للهجرة ، ومات في سنة ثلاث عشرة وخمسمائة للهجرة من مؤلفاته : التمهيد في أصول الفقه ، والانتصار في الفقه .(راجع ترجمته في : طبقـــات الحنابلـــة ص ٤٠٩ ، والأعـــلام للزركلي ج٥ ص١٢٩ ، والذيل على طبقات الحنابلة ، ج١ ص١٧١)

أما أبو الوفاء : فهو علي بن عقيل بن محمد شيخ الحنابلة ، وقد تقدمت ترجمته في الفصل الثاني مـــن الباب الأول ص١٠٦ .

(٤) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٣ ، وعيون الأزهار لابن المرتضى ص٢٦٦ ، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج٣ ص٩٤ ، والبحر الزخّار لابـــن المرتضى ج٣ ص٣٥٥ .

(٥) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ .

، والشافعي في قول قديم [١]، وهؤلاء قالوا بجواز هذا الخيار، وذكروه ضمن الخيــارات المشروعة عندهم ؛ فعند مطالعة كتبهم يظهر موقع هذا الخيار ومكانته بــين الخيــارات عندهم ، فقد جعله الأحناف ملحقاً بخيار الشرط ، وذكره أغلــب فقهــائهم فــي البــاب المخصص لخيار الشرط [٢] ، وخصص بعضهم له فصلاً مستقلا [٣] .

وقد أسماه الأحناف خيار التعيين ، وهى تسمية شائعة يعرف بها هذا الخيار ــ كما تقدم ــ وذكروا صراحة ثبوت هذا الخيار بالشرط ، حيث بينــوا أن الخيــارات الثابتــة بالشرط نوعان: النوع الأول يسمى خيار التعيين، والثاني يدعى خيار الشرط[٤] .

وقد ذكره المالكية في عداد الخيارات المشروعة عندهم ، وسموه بيع الاختيــار ــ كما تقدم ــ تمييزاً له عن بيع الخيار، وهو خيار الشرط ، وعلى ذلك فالخيارات الثابتــة بالشرط عند المالكية نوعان فقط ، وهما خيارا التعيين والشرط[٥] ، كذلك ذكر الزيديــة هذا الخيار ضمن الخيارات المشروعة عندهم [٦]، وبسطوا القول فيه ، وفعل كذلك بعض الإباضية ؛ إذ أجازوا هذا الخيار، وبينوا مضمونه بالتمثيل له ؛ حيث ذكروا أن من بــاع ثوبين مثلاً على الخيار لمدة معلومة في أخذ أيهما شاء جاز[٧] .

---

(١) وقد ذكر النووى هذا القول ؛ إذ قال : " هناك قولاً قديماً حكاه المتولى أنه لو قال: بعتك أحد عبيدي ، أو عبيدى الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام أو أقل صح وهذا شاذ مردود لأنــه غــرر"راجــع: المجموع شرح المهذب للنووي ج٩ ص٣٤٧ .

(٢) راجع : حاشية الطحاوى على الدر المختار ج٣ ص٣٧ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص١١ .

(٣) راجع : حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٧ ص١٣٨ ، والفتــاوى الهنديــة للنظــام وآخرين ج٣ ص٥٤ .

(٤) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧١ .

(٥) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٢٢ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبيــر للــدر ديــر ج٤ ص١٧١ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ .

(٦) راجع : التاج المذهب للعنسى ج٢ ص٣٩٣ .

(٧) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش ج٩ ص٢٨٢ .

ثانياً : المانعون لخيار التعيين :

وهم الحنابلة في المعتمد عندهم [١] ، وزُفر مـن الأحنـاف[٢] ، والـشافعية [٣] ، والظاهرية [٤]، والإمامية [٥]، وقد منع هؤلاء هذا الخيار، وعدوه من الخيـارات غيـر المشروعة؛ نظراً لعدم معلومية المبيع ، أي عدم معرفة عين المبيع ، وهذا لا يجوز؛لمـا فيه من الجهالة المؤدية إلى الغرر في نظرهم.

فالحنابلة قالوا: إنه لا يجوز للشخص أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبـداً مـن عبيد سواء قلوا أم كثروا ، ولا شاة من قطيع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هذا القطيع إلا شاة غير معينة ، وإن استثنى معيناً من ذلك جاز ، ونفوا هذا الخيار لعدم التعيـين فـى نظرهم ، حيث يرون أن المبيع لابد أن يكون معيناً ، فإذا لم يعين ؛ فالبيع غير صحيح ، وعلى هذا الأساس قالوا بعدم جواز هذا الخيار[٦] .

كذلك ذكر الشافعية أنه لا يجوز بيع عين مجهولة ؛ كبيع عبد من عبيد ، أو ثوب من أثواب ، أو شاة من هذا القطيع ؛ لأن ذلك فى نظرهم غرر من غير حاجة ، وقـد تكلموا عن عدم هذا الجواز عند الحديث عن الشروط اللازمة للمبيع وأهمهـا العلـم بـه للمتعاقدين ؛ ولذا فلو قال أحدهم لآخر بعتك شاة من هذا القطيع بطل العقد ؛ لأن المبيـع

---

(١) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٣٣ ، والإنصاف للمرداوى ج٣ ص٣٠٢ ، والمبدع فـى شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٣٠ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتى ج٢ ص١٤٨ .

(٢) راجع : الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغينانى ج٣ ص٣١ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٣ ص٢١ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ج٢ ص٣١ .

(٣) راجع : المهذب للشيرازى ج٢ ص١٤ ، ومغنى المحتاج للشربينى ج٢ ص١٦ ، ونهايـة المحتـاج للرملى ج٣ ص٤٠٨ ، والعزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعـى ج٤ ص٤١-٤٢ ، والتهذيب للبغوى ج٣ ص٢٨٩ .

(٤) راجع : المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٣٤٥ .

(٥) راجع : شرائع الإسلام للمحقق الحلى ج١ ص١٦٧ ، وتذكرة الفقهاء للحلي ج٧ ص٣٣٧-٣٣٨ .

(٦) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٣٣ ، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمـين ج٨ ص١٧٦ .

هنا مجهول وغير معلوم في نظرهم [١] ، وسواء تساوت قيم الأشياء المخير فيها أم لا ، وسواء قال: ولك الخيار في التعيين أم لا[٢].

ولم يذكر الظاهرية هذا الخيار ضمن الخيارات المشروعة عندهم ، حيث منعوه ، وذكروا صراحة أنه لا يجوز بيع شيء غير معين من جملة مجتمعة لا بعدد ولا بوزن ولا بكيل. [٣]

وعدد الإمامية الخيارات المشروعة عندهم ، ولم يذكروا خيار التعيين فيها ، وعند حديثهم عن شروط المبيع ، قالوا : لابد من أن يكون المبيع معلوماً ، وذكروا أنه لا يجوز بيع عبد من عبدين ، أو من عبيد ، أو شاة من قطيع [٤] ، بل إن بعضهم قال : "إنه يشترط تعيين محل الخيار المشترط، وتعيين مستحقه ، فلو باعه عبدين وشرط الخيار في أحدهما لا بعينه لم يصح الشرط ولا العقد لأنه خيار مجهول المحل ، وفيه غرر"[٥]

وعلى ذلك فقد حكم المانعون على خيار التعيين بالفساد ، وقالوا إذا اقترن شرط خيار تعيين المبيع بالعقد يفسد العقد، والشرط معا ، وقد سوغوا رأيهم هذا بعدد من الأدلة سيتم ذكرها بعد قليل .

---

(١) راجع : المهذب للشيرازى ج٢ ص١٤ ، ومغنى المحتاج للشربينى ج٢ ص١٦ .
(٢) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٣٤٦-٣٤٧
(٣) راجع : المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٣٤٥.
(٤) راجع : شرائع الإسلام للمحقق للحلى ج١ ص١٦٧ .
(٥) راجع تذكرة الفقهاء لابن المطهر الحلى٣٧-٣٣٨.

المطلب الثاني
أدلة المجيزين لخيار التعيين والمانعين له

أولاً : أدلة القائلين بجواز خيار التعيين :

استدل القائلون بجواز خيار التعيين بعدد من الأدلة ، وأهمها الاستحسان، والعرف وأيدوا أدلتهم من الواقع ، وسيتم ذكرهذه الأدلة على النحو الآتى :

(١) الاستحسان :

يرون أن خيار التعيين ملحق بخيار الشرط ، وثابت بنصه بطريق الدلالة ، ولما ورد النص النبوى بتجويز خيار الشرط على خلاف القياس ، فقد جاز كذلك خيار التعيين استحساناً .

ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ،وورود الشرع هناك (في خيار الشرط) يكون وروداً ههنا (فى خيار التعيين) ؛ ولذا فقد أجازوا هذا الخيار استحساناً خلافاً للقياس ؛ إذ القياس أن البيع يفسد لجهالة المبيع[١] .

ولكن تركوا العمل بالقياس وأخذوا بالاستحسان تلبية لحاجة الناس إلى هذا الخيار؛ فالفرد قد يحتاج إلى رأى غيره ليساعده على اختيار الأوفق والأرفق له من بين الأشياء المخير فيها ، وهذا الذي يقدم المساعدة لصاحب الخيار قد يكون من الخبراء ، أو قد يكون ممن يثق بهم صاحب الخيار، فقد تعرض على المشترى مجموعة من الأشياء المخير فيها، ولا تؤهله خبرته لأن يختار ما يناسبه منها ، وعندئذ يلجأ إلى الخبير ليساعده على الاختيار حتى تطمئن نفسه ويكتمل رضاه[٢] ، وقد يكون المشترى ممن لا يغشون الأسواق، إما لعلو مكانته أو لمرضه أو لضعفه أو لتحرجه من النزول إلى الأسواق ؛ كالنساء فى البيوت.

---

(١) راجع : الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٣١ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٢١ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨ .

(٢) راجع :شرح فتح القدير ج٥ ص٥٢١

ولذلك فإن الفرد من هؤلاء يستطيع أن يبعث شخصاً ينـــوب عنـــه ويجلـــب لـــه مجموعة من الأشياء ليختار ما يناسبه منها ، وقد يذهب هذا الشخص إلى البائع ، ولكـــن البائع يرفض خروج سلعته من محله إلا بالبيع ، وعندئذ فإن خيار التعيين يحـــل هـــذه المشكلة ؛ إذ يأخذ الشخص عدة أشياء، ويكون البيع باتاً في واحد منها أو أكثر ، فيختـــار منها الآمر ما يناسبه، ويرد الباقي. [١]

٢- العرف :

قالوا إن الناس قد تعارفوا في معاملاتهم، وبيوعهم على هذا النوع من العقـــود ، وصار مألوفاً بينهم من غير نزاع ، فقد جرى عرف الناس على إقرار العقود المـــشتملة على خيار التعيين ، واستقرت المعاملات على هذا الأساس [٢] ؛ ولذا يجوز العمـــل بمـــا تعارف عليه الناس ؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا للناس[٣]، وعلى ذلك فتعامل الناس بهذا الخيار جائز، وهو يعـــد مـــن قبيل العرف المعتبر في نظر الشرع الإسلامي طالما أنه غير فاسد ، ولا يخـــالف نـــصاً قطعياً من الكتاب أو السنة[٤] .

٣- قلة الجهالة :

قالوا إن جهالة المبيع في هذا النوع من البيع المشتمل على خيار التعيين يسيرة ، ولا تفضي إلى المنازعة ؛ لأن صاحب الخيار قد شرط الخيار لنفسه ، وبحكم خياره يستبد بالتعيين ، ومن ثم فإن الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد[٥] ، وعلى ذلك يجوز البيع بخيار التعيين مع الجهالة البسيطة المغتفرة التي لا تؤدي إلى المنازعـــة بين الطرفين

---

(١) راجع :المبسوط للسر خسي ج١٣ ص٥٥ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٣١ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣١ .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٥٩٣ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ .

(٣) راجع : المبسوط للسر خسي ج١٣ ص١٤-١٥ .

(٤) راجع : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة مرجع سابق ص٢٦٥.

(٥) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٥ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الـــدقائق للزيلعـــي ج٤ ص٢١ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٢١ .

ثانياً : أدلة القائلين بعدم جواز خيار التعيين :

استدل القائلون بعدم جواز خيار التعيين بعدد من الأدلة التى تؤيد وجهة نظرهم ، وهذه الأدلة من القرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة ، والمعقول .

١- القرآن الكريم :

استدل بعضهم [١] من القرآن الكريم بقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَـأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ... ﴾ [٢]

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى قد نهى عن أكل أموال النـــاس بالباطـــل ؛كالسرقة أو الغش أو القمار أو الجهالة أو الربا وما إلى ذلك من وجوه التحريم العديدة إلا ما كان حاصلاً عن تجارة قائمة على مبدأ التراضى بين المتعاقدين. [٣]

ولذلك يرى بعض المانعين أن مبدأ التراضى غير متحقق فى العقد المقترن بخيار التعيين بسبب جهالة المبيع ، وفى هذا الصدد ، قال ابن حزم [٤] – بعد أن ذكــر الآيـــة الكريمة –: " إن الله تعالى حرّم أخذ المرء مال غيره بغير تراضٍ منهما وســماه بـــاطلاً وبضرورة الحس يدرى كل أحد أن التراضي لا يمكن البتة إلا فى معلوم متميز ، وكيف إن قال البائع : أعطيك من هذه الجهة ، وقال المشترى : بل من هــذه الأخـــرى كيــف العمل؟" ، وعلى هذا الأساس فخيار التعيين عند ابن حزم هو من باب أكل أموال النـــاس بالباطل ، ولا يجوز العمل به .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٣٤٥.
(٢) سورة النساء : من الآية ٢٩
(٣) راجع : أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص٤٠٨-٤٠٩ ، وأيسر التفاسير لكلام العلى الكبير لأبـــى بكـر الجزائرى ج١ ص ، دار السلام ، القاهرة ، ط٤ ١٩٩٢ .
(٤) المحلى بالآثار ج٧ ص٣٤٥ .

٢- السنة النبوية :

استدل القائلون بعدم جواز خيار التعيين بحديثين من أحاديث الرسول ﷺ :

الحديث الأول :

ـــ ما رواه أبو هريرة ـــ ﷺ ـــ أن رسول الله ﷺ : " نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ "[١] .

و يدل هذا الحديث على النهي عن بيع الغرر، وهو الخطر الذي ينطوي عن الشخص عاقبته؛ أي لا يدري أيكون أم لا، وهذا أصل عـــام يـــدخل فيـــه مـــسائل كثيـــرة غيـــر منحصرة[٢]، وعلى ذلك يرى المانعون لخيار التعيين أن العقد المشتمل على خيار التعيين يدخل فى عموم النهى عن بيع الغرر الوارد فى هذا الحديث [٣] ؛لأن هذا العقد فيه غرر من غير حاجة [٤] ، وفى هذا الصدد قال ابن حزم [٥] : "ولا غرر أكثر من أن لا يـــدرى البائع أى شيء هو الذى باع ولا يدرى المشترى أى شيء اشترى ، وهذا حـــرام بـــلا شك".

الحديث الثاني:

ـــ ما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ أنه : "...نَهَى عَنْ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ" [٦] ،

---

(١) جزء من حديث أخرجه مسلم فى صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ، ولفظ الحديث كاملاً هو : "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ" ، راجع : صحيح مسلم بشرح النووى ج١٠ ص١٥٥-١٥٧ .

(٢) راجع : : شرح النووي على صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ج١٠ ص١٥٦،والتلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع،باب ما يصح به البيع، ج٣ ص٩٤٨،وعون المعبود شرح سنن أبي داود للآبـــادي، كتـــاب البيـــوع ،بـــاب بيـــع الغرر،٢٣٠.

(٣) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٣٣ ، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص٣٠

(٤) راجع : مغنى المحتاج للشربينى ج٢ ص١٦

(٥) راجع : المحلى بالآثار ج٧ ص٣٤٦ .

(٦) جزء من حديث أخرجه مسلم فى صحيحه ، فى كتاب البيوع ، باب النهى عن المحا قلة والمزابنة ، ولفظ الحديث كاملاً هو : " نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَالْمُعَاوَمَةِ وَالْمُخَابَرَةِ قَالَ أحدهما بَيْعُ السِّنِينَ هِيَ الْمُعَاوَمَةُ وَعَنْ الثُّنْيَا وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا" راجع : صحيح مسلم بشرح النووى ج١٠ ص١٩٥. وقد زاد الترمذي والنسائي وابن حبان عبارة : "إلا أن تعلم" فصار الحديث عندهم هكذا "... نهـــى

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لا يصح البيع بخيار التعيين؛ لأن المستثنى مجهول [(١)] ، وعلى ذلك فلا يصح مثلاً استثناء شاة مجهولة من شياة ؛ فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا القطيع إلا شاة فالبيع غير صحيح ؛ لأن المستثنى مجهول ، أما إذا كان المستثنى معلوماً فالبيع صحيح [(٢)] ؛ كأن يقول البائع للمشترى بعتك هذه الشياة إلا هذه الشاة ويحددها بعينها؛ كأن يشير إليها ويقول هذه هي .

٣-المعقول :

يرى القائلون بعدم جواز هذا الخيار أن المعقود عليه مجهول ؛ لأنه واحد غير معين من جملة أشياء ، ولذلك فالعقد بخيار التعيين باطل لعدم توافر شرط من شروط المعقود عليه المتفق عليها ، وهذا الشرط المفقود هو أن يكون المعقود عليه معلوماً للمتعاقدين دفعاً للغرر ، ومنعاً للتنازع بينهما[(٣)] .

= رسول الله ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم" ؛ فرواه الترمذي في الجامع الكبير ، كتاب البيوع باب ما جاء في النهى عن الثنيا ، برقم ١٢٩٠ ، ج٢ ص٥٦٤ ، واللفظ عنده : "... نَهَى رسول الله ﷺ عَنْ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَالْمُخَابَرَةِ و الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ ".وقال الترمذي عنه : "حديث حسن غريب من هذا الوجه من حديث يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر" ورواه النسائي في سننه الكبرى ، كتاب البيوع ، باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم ، برقم ٦٢٢٩ ، ج٤ ص٤٤ ، واللفظ عنده : "... نَهَى عَنْ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَالْمُعَاوَمَةِ وَالْمُخَابَرَةِ وعَنْ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ ". وابن حبان في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب البيع المنهى عنه ، برقم ٤٩٥٠ ، راجع : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان لابن بلبان ج٧ ص٢٢٥ . والثنيا بضم الثاء وفتحها اسم المبيع الذى وقع فيه استثناء من البائع أو المشترى والاستثناء مأخوذ من ثناه عن جهة إذا صرفه ، وبيع الثنيا أن يستثنى من البيع شيئاً مجهولاً فيفسد البيع ،والمحا قلة:بيع الزرع في سنبله بالحنطة، والمزابنة:بيع الرطب الثمر على رؤوس النخل بالتمر، أوهي بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر كيلا . راجع : شرح الأبي والسنوس على صحيح مسلم ج٥ ص٣٨٤، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م،والترمذي ،كتاب البيوع ج٢ص٥٠٩.

(١) راجع : شرح النووى بهامش صحيح مسلم ج١٠ ص١٩٥ .

(٢) راجع : الشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٣٣-٣٤ ، والشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص١٧٨-١٧٩.

(٣) راجع : روضة الطالبين للإمام النووى ج٣ ص٣٥٨-٣٥٩ ، ومغنى المحتاج للشربينى ج٢ ص١٦ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٣٣ ، وشرائع الإسلام للمحقق الحلى ج١ ص١٦٧ ، وتذكرة الفقهاء لابن المطهر الحلي ج٧ ص٣٣٧-٣٣٨ .

وعلى هذا الأساس فجهالة المبيع تؤدى إلى فساد العقد سواء أكانت الأشياء المخير فيها ثلاثة أم أكثر من ذلك[١] .

(١) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى ج٩ ص٣٤٨ ، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ج٣ ص١٠٠ ، والمحلى لابن حزم الظاهرى ج٧ ص٣٤٥ .

المطلب الثالث

مناقشة الأدلة والترجيح بينها

خصص هذا المطلب لمناقشة الأدلة، والترجيح بينها ، حيث سيتم أولاً مناقـشة أدلة القائلين بجواز خيار التعيين ، ثم مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز خيار التعيين، وبعد ذلك سيتم الموازنة، والترجيح بين الآراء التي ورد ذكرها :

١ - مناقشة أدلة القائلين بجواز خيار التعيين :

نوقشت أدلة المجيزين لخيار التعيين ، وقيل إن بعضهم قد أجاز بيع ثـوب بغيـر عينه من ثوبين أو من ثلاثة يختاره المشترى ، ولم يجزه من أربعة أثواب وهذا تخليط لا مبرر له [١] ؛ لأنه لا فرق بين الثلاثة، والأربعة فالبيع باطل فى الجميع لجهالة المبيع [٢].

وأجيب عن ذلك بأن الجهالة فى الأربعة كثيرة ، أما في الثلاثة فهي قليلة ، وعلى ذلك يختلف الحكم فيهما[٣] ، قال القدوري[٤] في هذا الشأن: " فأما إذا باع ثوباً من أربعة ثياب كثرت الجهالة ومادونها تقل الجهالة ، فحكمها يختلف"[٥]

كما قالوا إنه لا يوجد للمجيزين حجة صحيحة لا من قرآن، ولا سنة، ولا رواية سقيمة على حد قول ابن حزم [٦] ، وقالوا كذلك إن الغرر متحقق فى البيع بخيار التعيين بسبب جهالة المبيع ،وفي هذا الصدد ذكر النووى [٧] القول الذى نسب إلى الشافعى ثـم قال– معلقاً– : "وهذا شاذ مردود لأن البيع بخيار التعيين فيه غرر".

---

(١) راجع : المحلى لابن حزم الظاهري ج٧ ص٣٤٥ .

(٢) راجع : التهذيب فى فقه الإمام الشافعى للبغوى ج٣ ص٢٨٩ .

(٣) راجع : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة "التجريد" لأحمد القدورى ج٥ ص٢٢٥٣.

(٤) هو فقيه حنفي ، واسمه أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد القدوري البغدادي صاحب المختصر انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق ، كانت ولادته سنة اثنتين وستين وثلاثمائة للهجرة ، ومات فـي سـنة ثمـان وعشرين وأربعمائة للهجرة ببغداد(راجع ترجمته في: وفيات الأعيان لابن خلكان ج١ ص٧٨ـ٧٩)

(٥) راجع : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة (التجريد) للقدوري ج٥ ص٢٢٥٣.

(٦) راجع : المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ج٧ ص٣٤٦ .

(٧) كتاب المجموع شرح المهذب ج٩ ص٣٤٧ .

٢- مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز خيار التعيين :

نوقشت أدلة القائلين بعدم جواز خيار التعيين فى الآتى :

– من حيث استدلالهم بقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ... ﴾ (١) .

قيل إن الاستدلال بهذه الآية أمر غير مسلم به ؛ وذلك لأن الرضا متحقق فى العقد المشمول بخيار التعيين ؛ وهو واقع على جملة الأشياء التى وقع العقد على واحد منها ، فيكون متعلق الرضا فى الجملة ، كما أن التراضي قد تم بين طرفى العقد على من له الخيار ، ومدة هذا الخيار ، وثمن كل واحد من الأشياء المخير فيها ، ومن ثم فإن العقد المقترن بخيار التعيين لا تشوبه شائبة ، وإنما هو قائم على أساس التراضى بين العاقدين.(٢)

– من حيث استدلالهم بحديث النهى عن بيع الغرر ، قيل فى الرد على هذا الاستدلال إن الغرر فى العقد المشمول بخيار التعيين يسير، ولا يؤدى إلى المشاحنة والنزاع بين طرفى العقد ؛ إذ جهالة المبيع فى هذا النوع من البيوع لا تفضى إلى المنازعة ؛ لأن هذا الخيار نشأ باتفاق العاقدين فهما قد حددا صاحب الخيار، ومدته، ومحله، كما أن الثمن معلوم، ومحدد لكل واحد من الأشياء المخير فيها ، ومن ثم فإن الجهالة تنتفى هنا ؛ لأن الأشياء المخير فيها محددة الأثمان (٣) ، وما على صاحب الخيار إلا أن يختار واحداً منها أو أكثر ، وهذا الواحد ثمنه محدد سلفاً ، ولا مجال للحديث عن الجهالة.

وعلى ذلك فمن حق صاحب الخيار أن يستبد بالتعيين ، فله أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ولا منازع له فى ذلك ؛ لأن خياره ثابت بالشرط سواء أكان عدد

---

(١) سورة النساء من الآية ٢٩ .

(٢) راجع : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ج٣ ص١٠٠ ، وتحقيق عادل عبد الموجود وعلى محمد معوض بهامش حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٩ .

(٣) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٥٥

الأشياء المخير فيها ثلاثة أم أكثر من ذلك ، ولذا فإن الجهالة التى لا تفضى إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما صرح بذلك كثيراً من الفقهاء[١] .

٣- موزانة وترجيح :

قبل أن أقرر الرأي الذي أميل إليه، وتطمئن إليه النفس ، أشير إلى مسألة مهمة ، وهى أن موطن الخلاف بين الفقهاء ينحصر فى مسألة جهالة المبيع ، وهل هذه الجهالـــة من شأنها أن تؤدى إلى غرر، ومشاحنة بين المتعاقدين أم أنها جهالة يسيرة لا تؤدي إلى غرر ومشاحنة ونزاع بين المتعاقدين .

ففريق المانعين لهذا الخيار نظروا إلى هذه المسألة من جهة الجهالة فـــي المبيـــع المؤدية إلى الغرر غير اليسير حتى إنهم ذكروا تحريم هذا الخيار عند الحديث عن شروط العلم بالمبيع ، ولم يذكروه بمعية الخيارات المشروعة عندهم ،وهم قد نظروا إلى الأمـــر بمزيد من الحذر ليتفادوا الغرر ، أما المجيزون فقد نظروا إلى المـــسألة آخـــذين بعـــين الاعتبار الجهالة ، ومع ذلك رأوا أنها يسيرة لا تفضي إلى الغرر الذي يمنع صحة العقد المشمول بخيار التعيين.

وقد جاءت وجهة نظرهم استجابة لواقع الناس وحاجتهم لمثل هذه العقود ، فنظروا إلى الحاجة ، ووازنوا ذلك مع قلة الغرر ، فوجدوا أن الحاجة راجحة والغرر مرجـــوح ، ولذا أباحوا هذا الخيار ، وسلك مسلكهم أيضاً كل المعاصرين ؛ إذ لم أقف فيمـــا اطلعـــت عليه من الدراسات الحديثة على رأي للمحدثين ينكر هذا الخيار ، بل أجازوه مقتفين فـــى ذلك أثر الفقهاء القائلين بجواز هذا الخيار .

ولعل واقعنا المعاصر يؤيد وجهة نظر المجيزين ، ولذلك يبدو أن رأيهم هو الراجح للأدلة القوية التي ذكروها ، وللأسباب الآتية :

---

(١) راجع :المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٥٥ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني مع نصب الرايـــة للزيلعى ج٤ ص٤٣٩ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٢ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٢٣ ، والبناية فى شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٩١ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣١ .

(١) إن الأصل في هذا الخيار العدم ، ولولا الشرط لما ثبت مثل هـذا الخيـار ، وثبوته جاء بناء على اتفاق الطرفين ومعلوم ـ كما تقدم ـ أن الأصـل فـي تصرفات العباد ومعاملاتهم الصحة إلا ما دل الشارع على تحريمه بنص من قرآن أو سنة .

(٢) شروط المسلمين معتد بها في الشرع الإسلامي ، إلا تلك التي تحرم حلالاً أو تحل حراماً والرضا هنا متحقق في هذا الخيار ، فليس هناك أكل لأموال الناس بالباطل ، كما برر المانعون لهذا الخيار ، فهو لم يثبت إلا بناءً علـى رضـا الطرفين وإرادتهم كما أن الاختيار في الأشياء المخير فيها قد جاء بناءً علـى رضا البائع ، ودون إكراه أو تدليس أو غش ،فإذا كان أصل الخيار قد نشأ بناء على رضا الطرفين فلا مجال للحديث عن أكل أموال الناس بالباطل .

(٣) إن الجهالة في حد ذاتها لا توجب بطلان العقد ، وإنما يبطـل العقـد إذا أدت الجهالة إلى المشاحنة، والمنازعة بين المتعاقدين، وليس في العقد بخيار التعيين ما يؤدي إلى النزاع أو المشاحنة ، كما أن الجهالة في هذا العقد غير متحققـة ما دامت الأشياء المخير فيها معلومة ، والعقد قد اشتمل أساساً علـى أشـياء معلومة ، وأثمانها كذلك محددة ، وللخيار مدة محددة ، ومـا علـى صـاحب الخيار إلا أن يختار ما يشاء، ويرد ما يشاء خلال مدة معلومة ، فلا نزاع ولا جهالة ، والاختيار قد يقع على واحد من الأشياء المخير فيها ، أو أكثـر مـن واحد ما دام الثمن محدداً لكل واحد ، وما دامت الأشياء معلومة .

(٤) تعارف الناس في هذا الزمان على البيع بالاختيار ؛ كأن يبيع أحـدهم عـدة بضائع من أصناف، وأشكال مختلفة ، ويضع ثمناً واحداً لجميع هذه الأصناف ، وما على الزبون إلا أن يختار ما يناسبه من هذه الأشياء بالثمن المعروض ، ويعد هذا البيع صورة من صور خيار التعيين كما تقدم.

(٥) إن الحاجة في خيار التعيين تبرز جلية لا لبس فيها ولا غموض ؛ فالمتأمل في هذا الخيار سيجد أن الفقهاء المجيزين له قد أجازوه للحاجة ، وأن الناس فـي أمس الحاجة إليه ، لأسباب كثيرة ذكرها الفقهاء المجيزون سلفاً .

ولهذا فالفرد قد يحتاج إلى هذا الخيار بهدف التروي والتفكر لدفع الضرر عن نفسه قبل وقوعه ؛ فقد تنقصه الخبرة والبصارة بالأشياء [١] فإذا عرضت عليه سيارتان مثلاً، فلا تؤهله خبرته لأن يختار ما يناسبه منهما ، فيلجأ إلى الاستشارى أو الخبير الفنى أو نحو ذلك ليساعده على الاختيار حتى تطمئن نفسه ، ويختار بترو ، ويكون بذلك قد اختار الأحسن، والأصلح له ، وقد يكون الفرد مريضاً أو عاجزاً أو نحو ذلك من الموانع التى تحول دون اختياره المباشر لما يعارض عليه، وهذا الأمر لا ينطبق على الأفراد فحسب ، بل إن الشركات التجارية والمصارف الإسلامية يمكن لها أن تستفيد من مزايا هذا الخيار فى عمليات الاستيراد والتصدير، وغيرها من المعاملات التجارية ؛ ولكل هذه الأسباب مجتمعة تبرز الحكمة من مشروعية خيار التعيين .

---

(١) راجع : تبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص٢١ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣١ .

المطلب الرابع

موقف القانون المدني اليمني من خيار التعيين

إذا تأملنا القانون المدني اليمني سنجد أن خيار التعيين قد ورد في ثناياه ؛ حيـث إن المادة (٤٨٥) قد أشارت بعبارة صريحة إلى جواز هذا الخيار؛إذ جاء فيها : "يـصح بيع أحد شيئين أو أكثر وتعيين ثمن كل منهما على حدة ،وأن يكون لأي مـن المـشترى والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على أساسه فى مدة يجب تحديـدها بالاتفـاق وإذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيها شاء إلا إذا تعيب أحدها في يده فليس له أن يلزم المشتري به أو بغيره إلا برضاه".[1]

وبذلك فإن القانون المدنى اليمنى قد سلك مسلك الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وذكر صراحة ماهية خيار التعيين اقتباساً من آراء الفقهاء المجيزين لهذا الخيار ، ومـع ذلك يلاحظ أن المادة المذكورة قد جاءت في الأحكام المتعلقة بعقد البيع (الكتاب الثالث) ، ولم يضعها المشرع اليمني في الأحكام الخاصة بالخيارات على الرغم من أنه قـد حـدد فرعاً خاصاً بالخيارات ، كما يلاحظ أن المشرع قد اكتفى بهذه المادة اليتيمة ، ولم يـذكر نصوصاً أخرى تبين بقية الأحكام المتعلقة بهذا الخيار كما وردت عند الفقهاء المجيزين له ، بل يمم وجهه شطر القوانين الوضعية ، وانحاز إليها مقتبـساً منهـا أحكـام الالتـزام التخييرى[2]، حيث تناول المشرع اليمنى الالتزام التخييرى فى المواد (٢٧٠-٢٧٤) تحت

(١) وقد ورد هذا النص في القانون المدني اليمني الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ في المادة (٤٩٢) التي نصت على أنه : "يصح بيع أحد شيئين أو أكثر وتعيين ثمن كل منهما على حدة وأن يكون لأي من المشترى والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على أساسه في مدة يجب تحديدها بالاتفـاق وإذا كـان خيـار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيها شاء إلا إذا تعيب أحدها في يده فليس له أن يلزم المشتري به أو بغيره إلا برضاه".

(٢)) يلاحظ أن المشرع اليمني قد اقتبس أحكام الالتزام التخييري من القانون المدني المصري مع اخـتلاف طفيف في الصياغة ؛ حيث إن المادة (٢٧٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م قد نصت على أنه: "يكون الالتزام تخييراً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

مسمى تعدد محل العقد في الفرع الثالث من الفصل السادس المتعلق بالأوصاف المعدلة لأثر العقد[١] .

وخيار التعيين في الفقه الإسلامي يقابله الالتزام التخييرى في القانون المدني، وعند شراح القانون ، والالتزام التخييري من ابتداع الفقه الغربي ، ولا أصل له عند فقهاء المسلمين ، وفي هذا الصدد أستشهد بما أورده السنهوري[٢] ؛ إذ ذكر أن هناك أنظمة في الفقه الغربي تقابل بعض النظم في الفقه الإسلامي ، ومنها الالتزام التخييري الذي يقابل خيار التعيين ، وبيع التجربة يقابل خيار الشرط ، وغير ذلك من النظم الغربية التي اقتبستها القوانين العربية دون تمحيص..

وعلى الرغم من أن خيار التعيين يتشابه مع الالتزام التخييري من حيث المضمون فإن بينهما اختلاف من وجهين :

<u>**الوجه الأول من حيث التسمية :**</u> حيث يسمى هذا الخيار عند غالبية الفقهاء المجيزين له خيار التعيين ، ويطلق عليه القانون المدني وشراحه الالتزام التخييري ، وبين التسميتين فرق واضح ؛ فالتسمية التي يطلقها الفقهاء المسلمون تعبر بحق عن مضمون خيار التعيين؛ لأنها تتسم بالوضوح، والشمول والدقة ، ويتحقق فيها معنى التخيير بين أشياء عدة ، أما التسمية القانونية فتتسم بعدم الوضوح ؛ لأنها مركب مزجي من لفظين لا مجال للدمج بينهما ؛ وهما الالتزام، والتخيير ، ومن ثم فإن هذا المركب يدل على أن هناك التزاماً قائماً على عاتق شخص بعينه ، وهو المدين (الملتزم) ، ولا تبرأ ذمته إلا إذا تم اختيار أحد الأشياء المخير فيها ، وهذا الأمر غير وارد في خيار التعيين عند الفقهاء ؛ لأن هذا الخيار لا يعد التزاماً قائماً على عاتق المدين بعينه ، ولكنه شرط ينشأ برضا الطرفين ، وبموجبه يتمكن من له الخيار أن يختار ما يناسبه من بين الأشياء المخير فيها،ويرد الباقي ، ويجوز له أن يرد جميع الأشياء إذا لم تناسبه ، وذلك عند اقتران خيار

---

(١) راجع : القانون المدنى اليمنى رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ ، ص٣٨-٤٤.
(٢) راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٤ ص٢٨٢.

التعيين بخيار الشرط ، وعلى ذلك فإن التسمية التي اطلقها الفقهاء المسلمون هي الأنسب لهذا الخيار.

الوجه الثاني من حيث المدلول : الالتزام التخييري يتكون من كلمتين -كما تقدم- الالتزام، والتخيير ، وكلمة الالتزام لها مدلول خاص يختلف عن معنى الخيار ؛ لأن الالتزام في حد ذاته رابطة مالية بمقتضاها يكون شخص معين مديناً لشخص آخر معين أو قابل للتعيين بأداء له قيمة مالية يسأل عنه المدين أو ضامنه في ماله ، وهذا ما ذكره شراح القانون ؛ إذ بينوا أن الالتزام واجب خاص يقع على شخص معين ، ويحتوي على رابطة الوجوب والمديونية؛ فرابطة الوجوب تعني أنه يجب على الملتزم(المدين) الوفاء بالأداء الذي التزم به ، ورابطة المديونية تعني أن هناك ديناً ثابتاً في ذمة الملتزم يجب أن يفي به ، كما يعد الالتزام واجباً قانونياً، أي أن القانون يرتب عليه أثراً معينا [١] .

وبذلك يظهر الفرق في المدلول بين الالتزام التخييري، وخيار التعيين ؛ فالأول التزام يقع على عاتق شخص المدين في الأصل، وتتحقق فيه رابطة الوجوب، والمديونية، أما الثاني(خيار التعيين) فهو شرط يقترن بالعقد يمنح أحد الطرفين الحق في تعيين المبيع الشائع من بين الأشياء المخير فيها ، وقد اهتم الفقهاء المسلمون بصياغة هذا الخيار، ولم يذكروا فكرة الالتزام كحق شخصي كما وردت في القوانين الوضعية ؛ لأن تعبير الالتزام استعرناه من الفقه الغربي كما صرح بذلك بعض شراح القانون[٢] ، وقال بعضهم[٣] هو صناعة فنية قانونية ظهرت في الأساس في الفقه الروماني ثم انتقلت إلى الفقه الأوروبي (فرنسا)

---

(١) راجع :أصول الالتزامات(مصادر الالتزام) للدكتور/جلال علي العدوي ص ١٠٠-١٠١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،١٩٩٧م ، ونظرية الالتزامات للدكتورين/عبد الناصر العطار ومحمد إبراهيم دسوقي ص٦ ، دون دار نشر، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٥/٢٠٠٦م .

(٢) راجع : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/ السنهوري مرجع سابق ج١ ص١٤ .

(٣)راجع :نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية للدكتور عبد الناصر العطار ، ص ١٨ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٧٨م .

ثم أخذت ذلك القوانين العربية ، ومع ذلك فقد ذكر بعض الفقهاء المسلمين معنى الالتزام، ولكن بمدلول يختلف عما هو موجود في الفقه الغربي ، والقوانين الوضعية ، ومن هؤلاء الحطاب المالكي[١] ؛ إذ عرف الالتزام بأنه : "إلزام الشخص نفسه شيئاً مـــن المعـــروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية ، وقد يطلق في العرف على ماهو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس" ، وعرفـــه بعـــض المعاصرين[٢] بأنه: " إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً "

ومن كل ما تقدم يتضح أن خيار التعيين يمتاز بالمدلول الواضـــح، والـــصياغة الفقهية المحكمة ، ومع ذلك فلم ينل هذا الخيارّ الحظوة ،والعناية مـــن القـــانون المـــدني الوضعي وشراحه حيث يلاحظ أن شراح القانون[٣] قد اهتموا بـــشرح أحكـــام الالتـــزام التخييرى كما وردت في نصوص القوانين المدنية الوضعية، دون أن يبحثوا أحكام خيـــار التعيين عند فقهاء المسلمين إلا في عبارات موجزة لا تفي بـــالغرض ، وكـــان الأولـــى، والأجدر بهم أن يبحثوا أحكام هذا الخيار بدلاً من التهافت على النظم المقتبسة من الفقـــه الغربي ، كما أنه ينبغي على المشرع اليمنى أن يضيف بعض المواد إلى المـــادة (٤٨٥) لكي يسد النقص في أحكام هذا الخيار ، ويقع عليه كذلك تنظيم الأحكام المتعلقـــة بخيـــار التعيين جميعها بالاستناد إلى آراء الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، ولاسيما الـــراجح منهـــا حتى يظهر هذا الخيار فى ثوبه الفقهي الصحيح ، ولا حاجة إلى الأخذ بفكـــرة الالتـــزام التخييري طالما أن المشرع اليمني قد حدد مفهوم خيار التعيين في المادة (٤٨٥) .

---

(١) راجع مسائل الالتزام مذكور في فتح العلي المالك لعليش ج١ ص١٧

(٢) راجع : نظرية الأجل في الالتزام للدكتور/ عبد الناصر العطار مرجع سابق ص٤١

(٣) راجع على سبيل المثال لا الحصر : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/السنهوري ج٣ ص١١٦ ، وأصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال العدوى مرجع سابق ص١٤٧ ، وأحكام الالتزام للـــدكتور/ عبدالقادر الفار ، ص١٤٨-١٤٩ ،مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩م . وأحكام الالتزام بين الشريعة والقانون للدكتور/ طلبه وهبه خطاب ، مرجع سابق ص١٨٠-١٨١.



الفصل الثاني

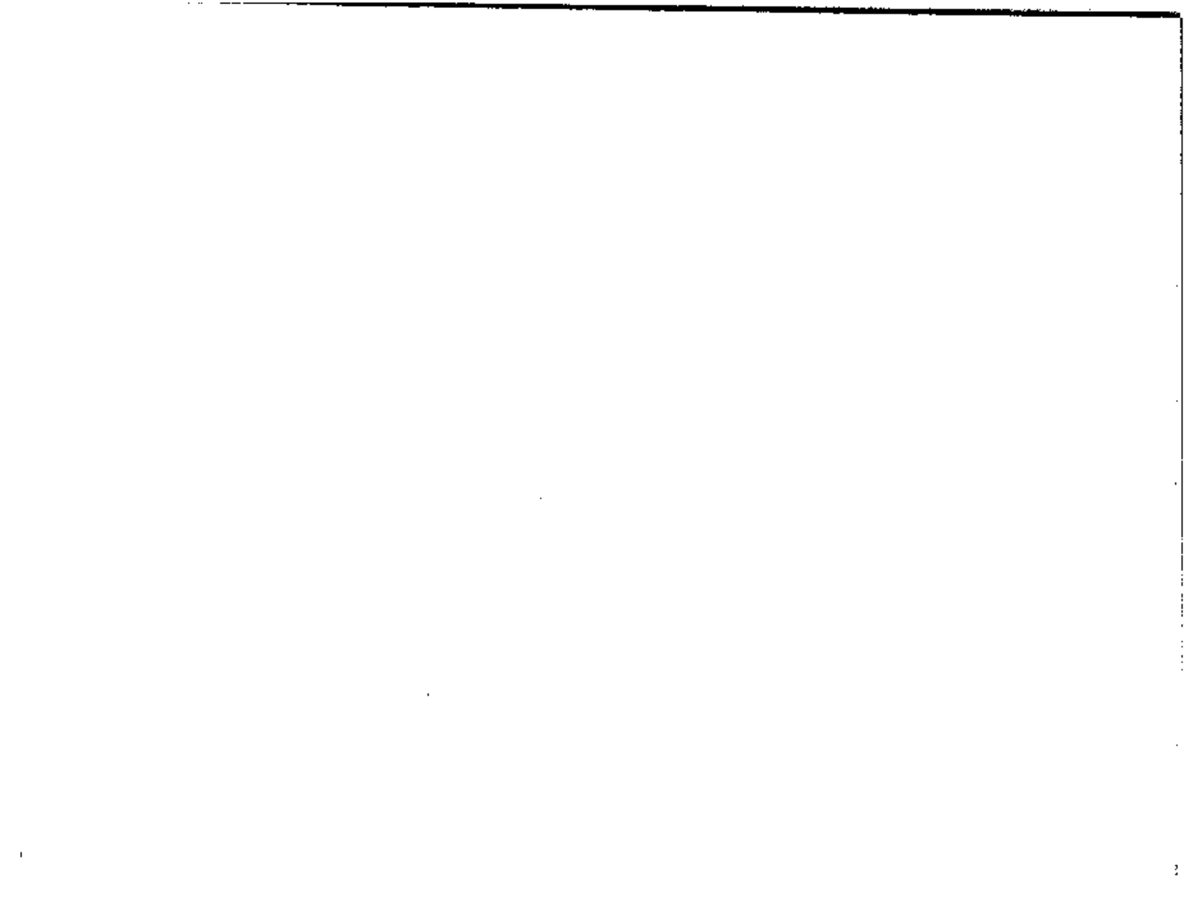
صاحب خيار التعيين ومجاله وشروطه

الفصل الثاني
صاحب خيار التعيين ومجاله وشروطه

خُصص هذا الفصل لدراسة صاحب خيار التعيين، ومجاله(العقود التي يـدخلها) والشروط اللازمة لقيامه عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار ، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك في مبحثين على النحو الآتي :

المبحث الأول: صاحب خيار التعيين ومجاله.

المبحث الثاني: شروط صحة خيار التعيين



المبحث الأول
صاحب خيار التعيين ومجاله

من البدهى أن يكون لهذا الخيار صاحب يحق له أن يختار ما يشاء من الأشياء المخير فيها ، كما أن هذا الخيار لا بد له من مجال ، وهذا المبحث يتناول بالتفصيل صاحب الخيار، ومجاله عند الفقهاء المجيزين له، وفي القانون المدني اليمني، وتفصيل ذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : صاحب خيار التعيين، ومجاله عند الفقهاء المجيزين له

المطلب الثاني: صاحب خيار التعيين، ومجاله في القانون المدني اليمني

وثبوت الحق في التعيين للمشترى يكون في الغالب بالصيغة التـــي أشـــار إليهـــا الفقهاء، من ذلك على سبيل المثال ما ذكره السرخسي [1] حيث قال : "ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر جاز العقد".

وشرط الخيار قد يصدر من المشترى نفسه ، فيشترط لنفسه الخيار ويوافقه البائع على ذلك ، مثال ذلك : إذا كان لدى البائع ثلاث سيارات ، ولكل واحدة منها ثمن محدد ، فجاء المشترى إلى البائع ، وقال له : اشتريت منك واحدة من هذه السيارات على أن لـــي الخيار في أن اختار هذه الواحدة من بين الثلاث في خلال مدة أقصاها عشرة أيام.

فهذه الصيغة تدل على أن المشترى هو الذى اشترط الخيار في التعيـــين ، وأنـــه كذلك هو صاحب الخيار ، ولا تصبح هذه صيغة معتبرة إلا إذا وافق عليها البـــائع ؛ لأن شرط الخيار لابد أن تلتقي حوله إرادة الطرفين ، ويتم بتراضي الطرفين.

وليست هذه هى الصيغة الوحيدة ، بل قد يبادر البائع ، ويقول للمشترى : إن هذه السيارة ثمنها كذا ، وتلك ثمنها كذا، وهذه بكذا ، وقد بعتك واحدة بشرط أن تختار التـــي تريدها منها بثمنها المسمى فى مدة أقصاها عشرة أيام [2] ، فإذا قبل المشترى تـــم العقـــد المشمول بخيار التعيين .

وهذه الصيغة تدل على أن الخيار للمشترى مع أن البائع هو الذى ذكر الشرط ؛ ولهذا فالعبرة فى الخيارات الشرطية عموماً ليست بمن ذكر الشرط ، بل بمن له شـــرط الخيار ، وهذا يتبين من صيغة الخيار ؛ لأنها هى التى تحدد صاحب الخيار سواء أكـــان بائعاً أم مشترياً.

<u>ثانياً : اشتراط خيار التعيين للبائع:</u>

إذا كان خيار التعيين فى الأصل يجوز للمشترى ، فهل يجوز كذلك للبائع ؟ فـــى هذه المسألة اختلفت آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين على قولين :

---

(١) المبسوط ج١٣ ص٥٥ .

(٢) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٣

المبحث الأول
صاحب خيار التعيين ومجاله

من البدهي أن يكون لهذا الخيار صاحب يحق له أن يختار ما يشاء من الأشـياء المخير فيها ، كما أن هذا الخيار لا بد له من مجال ، وهذا المبحـث يتنـاول بالتفـصيل صاحب الخيار، ومجاله عند الفقهاء المجيزين له، وفي القانون المدني اليمني، وتفصيل ذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : صاحب خيار التعيين، ومجاله عند الفقهاء المجيزين له

المطلب الثاني: صاحب خيار التعيين، ومجاله في القانون المدني اليمني



المطلب الأول

صاحب خيار التعيين ومجاله عند الفقهاء المجيزين له

تم توزيع هذا المطلب إلى فرعين الأول يدرس الأحكام الفقهية المتعلقة بصاحب خيار التعيين ، والثاني يتناول مجال خيار التعيين من حيث العقود التي يدخلها :

الفرع الأول

صاحب خيار التعيين

من المعلوم أن خيار التعيين ينشأ بالاتفاق عليه من المتعاقدين ، وفى ضوء هـذا الاتفاق يحددان بإرادتيهما ورغبتهما صاحب الخيار ، فقد يتفقان على جعله للمـشترى ، وقد يجعلانه للبائع ، وقد يتفقان على جعل الخيار للأجنبى عن العقد ؛ كالخبير ، ونحـو ذلك ، وهذا الفرع يبين موقف الفقهاء من صاحب خيار التعيين سواء أكان مشترياً أم بائعاً أم أجنبياً، وذلك على النحو الآتى :

أولاً : اشتراط خيار التعيين للمشترى :

إن المتأمل في أقوال الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، يلاحظ من أمثلتهم أنهـم قـد جعلوا الأصل فى خيار التعيين للمشترى ؛ فقد تواردت الأمثلة على ذكر الخيار للمشترى، و اتفقت كلمتهم حول ذلك[1] .

ولعلهم في ذلك قد نظروا إلى أن حاجة المشترى إلى هذا الخيار ظاهرة لا تخطئها العين ؛ لأنه لا يعلم حقيقة المبيع ، وهو بحاجة إلى التروي ، والتأمل لاختيار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها.

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤-٥٢٥ ، والبناية فى شرح الهدايـة للعينـى ج٦ ص٢٩١ ، والمبسوط للسرخسى ج١٣ ٥٥-٥٦ ، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٢٢ ، وشـرح منح الجليل لعليش ج٥ ص١٣٨ ، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٢٣ ، والتاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٣.

وثبوت الحق في التعيين للمشترى يكون في الغالب بالصيغة التـــى أشـــار إليهـــا الفقهاء، من ذلك على سبيل المثال ما ذكره السرخسي [١] حيث قال : "ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر جاز العقد".

وشرط الخيار قد يصدر من المشترى نفسه ، فيشترط لنفسه الخيار ويوافقه البائع على ذلك ، مثال ذلك : إذا كان لدى البائع ثلاث سيارات ، ولكل واحدة منها ثمن محدد ، فجاء المشترى إلى البائع ، وقال له : اشتريت منك واحدة من هذه السيارات على أن لـــي الخيار في أن اختار هذه الواحدة من بين الثلاث في خلال مدة أقصاها عشرة أيام.

فهذه الصيغة تدل على أن المشترى هو الذى اشترط الخيار في التعيـــين ، وأنـــه كذلك هو صاحب الخيار ، ولا تصبح هذه صيغة معتبرة إلا إذا وافق عليها البـــائع ؛ لأن شرط الخيار لابد أن تلتقي حوله إرادة الطرفين ، ويتم بتراضي الطرفين.

وليست هذه هى الصيغة الوحيدة ، بل قد يبادر البائع ، ويقول للمشترى : إن هذه السيارة ثمنها كذا ، وتلك ثمنها كذا، وهذه بكذا ، وقد بعتك واحدة بشرط أن تختار التـــى تريدها منها بثمنها المسمى فى مدة أقصاها عشرة أيام [٢] ، فإذا قبل المشترى تـــم العقـــد المشمول بخيار التعيين .

وهذه الصيغة تدل على أن الخيار للمشترى مع أن البائع هو الذى ذكر الشرط ؛ ولهذا فالعبرة فى الخيارات الشرطية عموماً ليست بمن ذكر الشرط ، بل بمن له شـــرط الخيار ، وهذا يتبين من صيغة الخيار ؛ لأنها هى التى تحدد صاحب الخيار سواء أكـــان بائعاً أم مشترياً.

ثانياً : اشتراط خيار التعيين للبائع:

إذا كان خيار التعيين فى الأصل يجوز للمشترى ، فهل يجوز كذلك للبائع ؟ فـــى هذه المسألة اختلفت آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين على قولين :

---

(١) المبسوط ج١٣ ص٥٥ .

(٢) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٣

<u>القول الأول</u> : ويرى أنصاره جواز اشتراط خيار التعيين للبـــائع، وهـــم غالبيـــة الأحناف والمالكية والزيدية ، وهؤلاء قالوا كما يجوز خيار التعيين للمشترى يجوز كذلك للبائع لتحقق الحاجة في جانب المشترى ، والبائع على السواء، فالبائع قد يحتاج إلى هـــذا الخيار للتروي، والتفكر بهدف دفع الضرر عن نفسه ، مثله في ذلك مثل المشترى [١]

وقد ذكر بعض فقهاء الأحناف[٢] أن الإمام الكرخى قد أجاز خيار التعيين للبـــائع ، وذكره صراحة فى مختصره ؛ إذ يرى أن هذا الخيار يجوز للبائع استحساناً ؛ لأنه بيـــع يجوز مع خيار المشترى فكذا يجوز مع خيار البائع قياساً على خيار الشرط الذي يثبـــت فيه الخيار للمشتري ، وكذلك للبائع .

وقد سلك غالبية فقهاء الأحناف [٣] مسلك الإمام الكرخي ، حيث أجـــازوا الخيـــار للبائع ، وذكر بعضهم [٤] أن اشتراط الخيار للبائع هو الصحيح فى المذهب.

أما بالنسبة للمالكية فالمستخلص من أقوالهم أنهم أجازوا خيار التعيين للبائع ، مع أنهم لم يذكروا ذلك كثيراً فى كتبهم ، ولكن المتأمل في أقوال بعض الأقوال المنقولة عنهم يلاحظ أنهم قد أجازوا هذا الخيار للبائع ، من ذلك ما ورد فى المدونة الكبرى ؛ إذ جـــاء فيها: "قال سحنون : قال ابن القاسم : قال مالك : فى الرجل يبيع ثمرة حائطـــه علـــى أن يختار البائع ثمر أربع نخلات منها أو خمسة ؟ قال : ذلك جائز ، قال ابن القاسم قـــال مالك: إنما ذلك عندي بمنزل رجل باع كباشه هذه على أن يختار البائع منهـــا أربعـــة أو خمسة فذلك جائز ولا بأس به"[٥].

---

(١) راجع : والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٤ ،والمدونة الكبرى لمالـــك بروايـــة ســـحنون ج٣ ص٢٣٣ ،والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٣ .

(٢) راجع : البناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٩٣ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٢

(٣) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٤ ص١٤٠ ، وجامع الفصولين لابن قاضـــى ســـماوه ج٢ ص٢٤٥ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣١ .

(٤) راجع : حاشية الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج٣ ص٣٧ ، والفتاوى الهندية لنظـــام وآخرين ج٣ ص٥٤ . وجاء فيها : " ويجوز خيار التعيين فى جانب البائع كمـــا يجـــوز فـــى جانـــب المشترى .. وهو الأصح" .

(٥) راجع : المدونة الكبرى لمالك برواية سحنون ج٣ ص٢٣٣ .

وقد قال الونشريسي [١] في هذا الصدد أيضاً : "ولا يجوز للبائع أن يستثنى لنفسه إلا أقل العدد إذا كان الخيار له"[٢] .

وأشار الحطاب [٣] إلى هذه المسألة عند الحديث عن الضمان فى حالة أن يقــبض المشترى الثوبين ويضيعهما فقال : "إن كان الخيار للبائع فإن المشترى يــضمنه بــالثمن لكون البائع سلمه إليه" . وعلى هذا الأساس فاشتراط الخيار للبائع جائز عند المالكية، ولم ينكره واحد منهم .

أما الزيدية فقد كانوا أكثر صراحة فى جعل خيار تعيين المبيــع للبــائع ، حيــث ذكروا أن خيار التعيين يثبت لأحد العاقدين سواء أكان البائع أم المشترى[٤] ، وفــي هــذا الصدد قال بعضهم[٥] : "لا يصح البيع مع عدم التعيين إلا بشرط الخيار ، فإذا شرطه كان الاختيار موكولاً إلى نظر من له الخيار" .

ولم يظهر للإباضية قول صريح فى هذه المسألة ؛ لأنهم لم يتحدثوا عــن خيــار التعيين بإسهاب فقد ذكروه بإيجاز فى حالة أن يكون الخيار للمشترى فقط [٦] .

<u>القول الثاني</u> : وهو لبعض الأحناف[٧] ، وقد أجازوا خيار التعيين للمشترى فقــط دون البائع ، وقد عللوا رأيهم بالقول إن هذا الخيار جوز للحاجة إلى دفع الغــبن ليختــار المشترى الأرفق والأوفق له .

---

(١) هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد الونشريسي الأصل ، والتلمساني المنشأ ، وبلدة ونشريس تقع بناحية بجاية بين باجة وقسطنطينية ، ومعناها ليس هناك أعلى منه، وليس هناك تــاريخ محدد لولادته أو وفاته . (راجع : معجم البلدان لياقوت الحموي ج٥ ص٣٥٥ ، ومعجم المؤلفين لكحالة ج٢ ص٢٠٥) .

(٢) راجع: عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي ص٤٣٩

(٣) مواهب الجليل ج٤ ص٤٢ .

(٤) التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٣ .

(٥) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج٣ ص٩٥ .

(٦) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ، ص٢٨٢ .

(٧) ذكر هذا القول ابن الهمام ؛ إذ قال:"وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار الأرفق والأوفــق ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لأن البائع لا حاجة له إلى اختيــار الأوفــق والأرفـــق فلهـــذا نـــص فـــى المجـــرد علـــى أنـــه لا يجـــوز فـــي جانـــب البـــائع

وبذلك فإن الحاجة متحققة فى جانب المشترى ، أما البائع فلا يحتاج إلى اختيار الأرفق والأوفق له ؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع ، وهو أدرى بما يلائمه منه .

ويجاب عن ذلك بأن الحاجة لا تنحصر فى جانب المشترى وحده ، بل هى متحققة فى جانب البائع كذلك ؛ لأن البائع قد يرغب فى بيع أحد أملاكه لظروف ألمت به، ولكنه لا يستطيع أن يحدد بدقة المبيع الذى يرغب فى استبقائه ؛ كأن يكون لدى الشخص سيارتان، ويريد بيع واحدة منهما، ولكنه لا يعلم أيهما هى التى يرغب فى استبقائها وعندها يشترط لنفسه خيار التعيين بهدف التفكر والتروي قبل وقوع البيع ؛ فيختار الأرفق والأوفق له، كما أن الإنسان ما دام المبيع فى ملكه لا يتأمل فيما يلائمه ، وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع (١).

وبناءً على ذلك يبدو أن القول الأول هو الراجح ؛ لأنه يحقق مصلحة العاقد سواء أكان المشترى أم البائع ؛ إذ إن جواز الخيار للبائع أو المشترى ، أمر ينسجم مع مبدأ حرية الإرادة التى تحرص عليه الشريعة الإسلامية الغراء؛ لأن هذا الخيار ــ كما تقدم ــ ينشأ بالإرادة المشتركة للطرفين ، وهذه الإرادة قادرة على جعله للبائع أو للمشترى ، وفى ذلك توسعة على الناس، ورفع الحرج عنهم ، ولا جدوى من فرض القيود على حرية إرادة الطرفين طالما أن هذا الأمر لايصادم نصاً من كتاب الله أو سنة رسوله .

ثالثاً : اشتراط الخيار للمتعاقدين معاً :

والمقصود بذلك أن يكون الخيار للمتعاقدين معاً فى صفقة واحدة ؛ كأن يشترط المشترى خيار التعيين لنفسه ، ويشترط كذلك البائع الخيار له ، فيصير الخيار مشروطاً للبائع والمشترى معاً .

الواقع لم تنل هذه المسألة اهتماماً كبيراً من غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين، وهم الأحناف والمالكية والإباضية ، حيث إن الأحناف والمالكية قد أجازوا الخيار

= (شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٥٢٢) ، راجع كذلك : البناية فى شرح الهداية للعينى ، ج٦ ، ص٢٩٣ ، وجاء فيها " وذكر في المجرد أنهُ لا يجوز الخيار للبائع لأن هذا باعتبار الحاجة ، والبائع لا يحتاج إليها"

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٤٠ .

للمشترى وحده ، وأجازوه كذلك للبائع وحده ، لكنهم لم يذكروا صراحة الخيار للمتعاقدين معاً ، وفى الوقت ذاته لم ينصوا على تحريم الخيار للمتعاقدين معاً .

أما الزيدية فالأمر عندهم مختلف فهم قد نصوا صراحة على أنهُ لا يجوز أن يكون خيار التعيين للعاقدين معاً فى صفقة واحدة ، والسبب فى ذلك أن المتعاقدين قد يختلفان فى الاختيار ، واختلافهما قد يؤدى إلى تنازعهما ، والتنازع مدعاة لجلب الضرر ، وفى ذلك قال العنسى [١] :" ولا يصح أن يشترط الخيار لهما معاً لأنهما ربما يختلفان "

وقد مال بعض المحدثين[٢] إلى عكس هذا الرأى ، حيث رأى أنه يجوز اشتراط خيار التعيين للطرفين معاً فى صفقة واحدة ؛ لأن هذا الخيار يجوز لكل واحد من العاقدين على حدة ، ومن ثم يجوز شرطه للاثنين معاً ، ويصير بذلك خياراً مركباً من جائزين.

ويبدو أن هذا الرأى من الصعب تطبيقه من الناحية العملية ؛ لأن العمل به سيؤدي إلى اختلاف الطرفين كما صرح بذلك الزيدية ، وعلى ذلك لا يصح شرط الخيار للطرفين معا حتى وإن كان الخيار مركباً من جائزين.

رابعاً : اشتراط الخيار للأجنبى :

لم أجد رأيا للفقهاء المجيزين لخيار التعيين ينفى ثبوت خيار التعيين للأجنبى ، ومع ذلك لم يفصلّوا القول فى هذا الأمر بوضوح ، ولكن إذا تأملنا أقوال الفقهاء المجيزين، سنجد أنهم قد أجازوا خيار التعيين للأجنبى .

وللتدليل على ذلك أقف مع الأحناف أولاً حيث تبين من أقوالهم التي ذكروها بمناسبة الحديث عن مشروعية هذا الخيار أنهم أجازوا الخيار للأجنبى غير المتعاقد ؛ لأنهم يرون أن المتعاقد قد يحتاج إلى من يثق برأيه ليساعده على الاختيار فقد يحتاج

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب ج٢ ص٣٩٣ .

(٢) هذا الرأي لعلي حيدر وقد ورد في كتابه درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج١ ص٢٦٤.

العاقد إلى رأى الأجنبى غير المتعاقد[١] ؛ كالخبير فى شئون الآلات أو الخبير فى شـئون السلع أو نحو ذلك .

أما المالكية [٢] فهم مثل الأحناف ؛ إذ لم يمنعوا اشتراط الخيار للأجنبى، مع أنهم لم يذكروا هذا الأمر صراحة ، وعلى ذلك فخيار الأجنبى جائز عند المالكية .

وأما الزيدية، فقد أجازوا خيار التعيين للأجنبى ، سواء تم اختيار الأجنبى من قبل البائع أم المشترى، وقد ذكروا ذلك صراحة ، حيث قالوا : إن خيار التعيين يجوز للأجنبى المعلوم، أما جعل الخيار لأجنبى مجهول فلا يصح عندهم [٣] ، والظاهر أن قول الزيدية يمتاز بالوضوح، والدقة.

وخلاصة القول فى هذا الشأن أنه يجوز شرط خيار التعيين للأجنبى عـن العقـد عندما لا يقترن خيار التعيين بخيار الشرط ، وهذه مسألة لا خلاف حولها بـين الفقهـاء المجيزين لخيار التعيين [٤] .

ويجوز خيار التعيين للأجنبى كذلك فى حالة اقتران خيار التعيين بخيار الـشرط ؛ لأن المجيزين لخيارالشرط قد أجازوا ثبوت خيارالشرط للأجنبي ، ومن ثم فإن حكمهـم ذلك يسرى على خيار التعيين المقترن بخيار الشرط .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢ ، وجاء فيه " والحاجة إلى هذا النـوع مـن البيـع متحققة لأن الإنسان قد يحتاج إلى رأى غيره فى اختيار المبيعات " ، وتبيـين الحقـائق للزيلعـي ج٤ ص٢١ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج١ ص٣١ .

(٢) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٤١ ، و شرح منح الجليل لعليش ج٥ ص١٣٨ .

(٣) راجع : التاج المذهب للصنعانى ج٢ ص٤٠٥ ، وعيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لابن المرتضى ص٢٦٨ .

(٤) والمقصود بذلك الأحناف والمالكية والزيدية أما الإباضية فليس لهم رأى واضح فى هذه المـسألةلكـون بعضهم قد أجاز هذا الخيار وذكر مثالاً واحداً موجزاً دون تفاصيل تذكر .

الفرع الثاني

مجال خيار التعيين (العقود التى يدخلها الخيار)

عند تتبع آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وجدت أنهم لم يتطرقوا صـــراحة إلى العقود التي يدخلها خيار التعيين ، وإن كانت ألفاظهم المستخدمة بصدد التمثيل لهـذا الخيار ، قد جاءت بذكر الأمثلة عن عقد البيع .

ومعلوم أن عقد البيع من أهم العقود المالية اللازمة التى تقبل الفسخ ، بـل إنـه أوسعها انتشاراً ، لكثرة استعماله بين الناس ، ولعلهم فى ذلك لم يقصدو ا حـصر هـذا الخيار على عقد البيع فحسب ، و إلاَّ لوجدناهم قد ذكروا صراحة أن هذا الخيار لا يصح فى غيره من العقود لحرصهم على ذكر الأمور الممنوعة .

ولكن المؤكد أن الفقهاء المجيزين لهذا الخيار ليس لديهم مانع من دخوله على بقية العقود المالية اللازمة ؛ كالإجارة [١] ،والمزارعة ونحو ذلك؛ لأن خيار التعيين إنما جاز دخوله في عقد البيع وهو عقد معاوضة لازم بهدف التروي والتبصر دفعا للضرر، وهذه العلة موجودة في كل عقود المعاوضة اللازمة التي تحتمل الفسخ؛ فلهذا يـدخلها خيـار التعيين كالبيع تماماً.

وعلى ذلك يتبين أن هذا الخيار لا يدخل فى عقد البيع فحسب ، بـل يـدخل فـى الإجارة، وغيرها من العقود المالية اللازمة أسوة بخيار الشرط ؛ لأنه فى معناه هـذا إذا كان العقد بخيار التعيين المجرد (غيرالمقترن بخيار الشرط).

أما إذا اقترن خيار التعيين بخيار الشرط فهو يدخل كذلك فى كل العقـود التـى يدخلها خيار الشرط ، وهذه العقود ذكرها المجيزون لخيار التعيين عند الحديث عن العقود

---

(١) راجع : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة (التجريد) للقدوري ج٥ ص٢٢٥٣.

التي يدخلها خيار الشرط ، وهي تشمل كل عقد لازم يحتمل الفسخ ؛ كعقد البيع وما فـــي حكمه ، وقد تم التعرض لهذه العقود سلفاً [١] .

وقد صرح كثير من المحدثين[٢] بجواز دخول خيار التعيين فـــي العقـــود الناقلـــة للملكية من بيع، وهبة بعوض وصلح على مال وغير ذلك ، وحجتهم في ذلك أن خيـــار التعيين ثبت على خلاف القياس استحساناً مثله مثل خيار الشرط ، ومن ثم فيقتصر علـــى العقود التي يدخلها خيار الشرط .

وهذا الرأي جدير بالتأييد ؛ لأن خيار التعيين في معنى خيار الشرط ، وهو ملحق به دلالة ــ كما تقدم ــ ، ومن ثم فإنه يجوز أن يدخل هذا الخيار على العقود التي يدخلها خيار الشرط كافة ، واتساع دائرة العقود التي يدخلها هذا الخيار فيـــه مـــصلحة ظـــاهرة للناس؛ لأن متطلبات الحياة التجارية المعاصرة تقتضي ذلك ، والله أعلم .

---

(١) تقدم ذلك عند الحديث عن العقود التي يدخلها خيار الشرط ،راجع:الفصل الأول من البـــاب الأول ص ٨٢ ــ٨٣ وما يليها .

(٢) راجع : الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ، مرجع سابق ص٤٢٧ ، والفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات لمحمد يوسف موسى ، مرجع سابق ص٤٦٠ ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبد الكريم زيدان ، ص٣٨٠-٣٨١، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٤٠١هـــ / ١٩٨١م ، والـــشريعة الإسلامية للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص٤٨٩ ، مطبعة الإسكندرية ، ١٣٩٣هـــ / ١٩٧٣م ، والنظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور / رمضان على الشرنباصي ، مرجع سابق ص١٤٨ .

المطلب الثاني

صاحب الخيار ومجاله في القانون المدني اليمنى

تمهيد وتقسيم :

خصص هذا المطلب لدراسة صاحب خيار التعيين ومجاله (العقود التي يـــدخلها) في القانون المدني اليمني ، وقد تم توزيع هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : صاحب خيار التعيين في القانون المدني اليمني .

الفرع الثانى: مجال خيار التعيين في القانون المدني اليمني .

الفرع الأول

صاحب خيار التعيين في القانون المدني

تبين سلفاً موقف الفقهاء المجيزين لخيار التعيين من صاحب الخيار ، ولـــم يبـــق سوى معرفة موقف القانون المدنى اليمنى من صاحب هذا الخيار ، وسيتم فيما يلي بحث موقف القانون المدني اليمني من صاحب خيار التعيين سواء أكان الخيار لأحد المتعاقدين أم لهما معاً أم لأجنبى عن العقد:

أولاً : اشتراط الخيار لأحد المتعاقدين :

نظم المشرع اليمنى هذه المسألة في المادة (٤٨٥) التي ذكرت صـــاحب الخيـــار صراحة ، حيث نصت فى شطرها الأول على أنه: "يصح بيع أحد شيئين أو أكثر وتعيين ثمن كل منهما على حدة وأن يكون لأى من المشترى والبائع حق تعيين واحد منهما يـــتم البيع على أساسه...الخ" .

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع اليمنى قد جعل خيار التعيـــين لأى مـــن المتعاقدين ولم يحصره فى أحدهما ، حيث أجاز الخيار للمشترى ، وأجازه كذلك للبائع ، وبذلك فإنه قد ترك للمتعاقدين الحرية الكاملة فى تحديد صاحب خيار التعيين ، فلهمـــا أن يجعلا هذا الخيار للمشترى وحده أو للبائع وحده ؛ كأن يبيع أحد الأشخاص ثوبـــاً غيـــر

معين من ثلاثة أثواب ويحدد أثمانها ، ثم يقول للمشترى اختر واحداً منهـا ورد البـاقي ؛فالخيار في هذا المثال للمشتري ، ويحق له أن يختار ثوبا من الأثواب الثلاثة في خـلال مدة الخيار ، ولهما أن يجعلا الخيار للبائع وحده ؛كأن يقول البائع للمشتري بعتـك أحـد هذين الفرسين على أني بالخيار في تعيين المبيع في واحد منهما .

وعلى الرغم من أن المشرع اليمنى قد نظم مسألة اشتراط الخيار لأحد العاقدين في المادة (٤٨٥) فإنه لم يكتف بهذه المادة ، بل ذكر هذا الأمر فى المادة (٢٧١) التى بينـت صاحب الخيار فى الالتزام التخييرى ؛حيث نصت في شطرها الأخيـر علـى أن: "... يكون الخيار للملتزم بالشيء محل التخيير ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"[١] .

<u>وبالموازنة بين أحكام المادتين تتضح الأمور الآتية</u> :

(١) – يلاحظ أن المادة (٤٨٥) مأخوذة من أقوال الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ؛ لأنها ذكرت مضمون هذا الخيار ، كما ورد عند الفقهاء ، أما المادة (٢٧١) فلم تـذكر لفظ خيار التعيين ؛ لأنها مقتبسة من القوانين الوضعية ــ كما تقدم ذلك سـلفاً ــ وقد جاءت ضمن المواد المخصصة لأحكام الالتزام التخييرى .

(٢) – يلاحظ أن مصدر الخيار فى المادة (٤٨٥) هـو الإرادة المـشتركة للعاقـدين ، فالمشرع قد أجاز لهما أن يتفقا على تحديد صاحب الخيار ، وهذا مسلك صـائب يتفق مع رأى الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ؛ لأن هـذا الخيـار عنـدهم مـن الخيارات الإرادية التى تنشأ بالاتفاق عليها من قبل الطرفين، ومن ثم فقـد أجـاز الفقهاء للعاقدين الاتفاق على تحديد صاحب الخيارسواء أكان المـشترى –وهـو الغالب– أم كان البائع .

أما ما ورد فى المادة (٢٧١) فهو يشير إلى أن مصدر الخيـار هـو الاتفـاق أو القانون ، بمعنى أنه يجوز للعاقدين الاتفاق على تحديد صاحب الخيار منهما ، سواء أكان الملتزم (المدين) أم صاحب الحق (الدائن) ، ولكن إذا سكتا عن تحديد صـاحب الخيـار فعندئذ يصبح الخيار للملتزم (المدين) بنص القانون ، أي أن القانون يفترض أن الخيـار

(١) وقد ورد هذا النص فى المادة (٢٧٤) من القانون المدنى اليمنى الملغى رقم ١٩ لـسنة ١٩٩٢م التـي نصت على أنه :"يكون الخيار للملتزم بالشيء محل التخيير مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

للمدين عند سكوت الطرفين عن تحديد من له الخيار ، أما إذا اتفق الطرفان على تحديد صاحب الخيار فاتفاقهما هو المعتبر .

وبذلك يظهر فارق كبير بين حكم هذه المادة، وما قرره الفقهاء المجيزون لخيار التعيين حيث إنهم اشترطوا تحديد صاحب الخيار عند الاتفاق ولا يجوز أن يكون مجهولاً، فإذا قام أحدهم ببيع أحد ثوبين غير معين على أن الخيار فى واحد منهما لواحد من الطرفين دون أن يحدد صاحب الخيار ، فالعقد عندئذ باطل لعدم ذكر الشخص صاحب الخيار ، والبطلان هنا بسبب الجهالة المؤدية إلى التنازع، والمشاحنة بين الناس، وهذا ما ذكره الفقهاء صراحة، أما القانون المدني في المادة (٢٧١) فقد عد هذا العقد صحيحاً وجعل الخيار للملتزم "المدين" عند عدم الاتفاق على تحديد صاحب الخيار.

ومسلك القانون اليمني لا يتفق مع ما قرره الفقهاء المجيزون لخيار التعيين، كما أن فيه تعدّ على إرادة الأطراف، وكان ينبغي أن يترك الأمر برمته للإرادة المشتركة للعاقدين ليقررا الشخص الذي يكون له الخيار، وعند سكوتهما عن تحديد صاحب الخيار لا يعتد المشرع اليمنى بالسكوت ؛لأن فيه جهالة واضحة ستفضي إلى المشاحنة، والنزاع بين الأطراف .

وبذلك يتضح أن القانون فى بعض الأحيان قد يفرض صاحب الخيار فرضاً دون أن يترك لإرادة الأطراف الحرية في اختيار صاحب الخيار، وبذلك فإن الالتزام التخييرى يختلف فى هذه المسألة عما قرره الفقهاء فى خيار التعيين .

(٣) – الأصل أن الخيار فى الالتزام التخييرى يكون للملتزم (المدين) كما ورد فى نص المادة (٢٧١) ، وأكدت على ذلك المذكرة الإيضاحية التى نصت على أن "الخيار يكون للملتزم أصلاً ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"[١] .

وهذا الأمر لا يتفق مع ما ورد فى نص المادة (٤٨٥) فالخيار في هذه المادة قد يكون للمشترى أو البائع ، حيث إن المشرع في هذه المادة قد ترك للطرفين حرية الاتفاق على تحديد صاحب الخيار، كما أن حكم المادة (٢٧١) لا يتفق كذلك مع آراء الفقهاء

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني ، الكتاب الثاني ص١٠٥ .

المجيزين لخيار التعيين ؛ لأنهم قد جعلوا الخيار في الأصل للمشترى انسجاماً مع الأمـــر الغالب في المعاملات التجارية بسبب حاجة المشترى الملحة إلى هذا الخيار ، ومع ذلك لم يحصروا الخيار في المشتري، بل أجاز غالبيتهم الخيار كذلك للبائع.

ومسلك المشرع اليمنى هذا أجد له تعليلاً عند شراح القانون المدني ، فهم يرون أن الخيار في الأصل يكون للمدين لا للدائن؛ لأن ذلك في نظرهم يتفق مع القاعدة العامة التى تقضي بأن الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين ، ولذلك منح المشرع الخيار للمـــدين حتى يتمكن من الوفاء بواحد من الأشياء المتعددة وتبرأ ذمته ، وعلى ذلك يحق له(المدين) أن يحدد المحل الذي يوفي به ؛ فإذا اختار شيئا من الأشياء المتعـــددة انحـــصر محـــل الالتزام في هذا الشيء[١]

ويرون أن في ذلك فائدة أيضاً للدائن لكونه يتمكن من استلام أحد الأشـــياء التـــي يختارها المدين (الملتزم) ، كما أن الالتزام التخييري فيه ضمان لحق الدائن عن طريـــق زيادة فرص الوفاء ؛لأن هلاك أحد الشيئين لا يؤدى إلى انقضاء الالتـــزام مـــا دام الأداء الآخر ممكناً ؛ إذ لا يترتب على هذا الهلاك انقضاء حق الدائن ، ولا براءة ذمة المدين ؛ ففى استطاعة الدائن أن يختار الأداء الباقى ، أو يختار أحد الأشياء الباقية إن كان عددها يزيد على الواحد [٢] .

والتعليل الذي ذكره شراح القانون محل نظر ؛ لأن المشرع اليمنـــي قـــد نحـــى المتعاقدين جانباً ؛ ووضع نفسه محلهما ، حيث افترض أن الخيار للملتزم (المدين) عنـــد سكوتهما عن تحديد صاحب الخيار ، وبذلك فإنه قد جعل الخيار لأحد العاقدين بعينه دون

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور / السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٠٣ ، وموسوعة العقود المدنية والتجارية للدكتور/ إلياس ناصيف ج٩ ص٣٢٠ ، ودروس في أحكام الالتزام للدكتور/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ، مرجع سابق ص٢٢١ ،وأحكام الالتزام بين الشريعة والقانون للـــدكتور/ طلبه وهبه خطاب ، مرجع سابق ص١٨١ ،والموجز في النظرية العامة للالتزام للدكتور/ أنور سلطان ، مرجع سابق ج٢ ص٢٢٢ ، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للـــدكتور/ حـــسام الـــدين كامـــل الأهواني ، مرجع سابق ج٢ ص٢٤٧ .

(٢) راجع : الموجز فى شرح القانون المدنى (أحكام الالتزام) للدكتور / عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ج٢ص٢٢٢ ، ونظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور / محمود جلال الدين زكي ، مرجـــع ســـابق ، ج٢ص١٣٣ ، والالتزام التخييرى للدكتور / محمد إبراهيم بنداري ، مرجع سابق ص١٨ – ١٩ .

الآخر ، وهذه تفرقة لا مبرر لها ؛ لأن الحاجة إلى هذا الخيار متحققة في الجـانبين ، أي في جانب البائع (المدين)، وفي جانب المشترى (الدائن) ، بل إن الفقهاء المجيزين لخيـار التعيين قد قالوا إن الحاجة في جانب المشترى أبين وأظهر ؛ لأنه يحتاج إلى التروى فـي الأشياء المخير فيها ؛ ليختار الأوفق والأرفق لعدم وجود المبيع تحت يده .

ولذلك فالواضح أن المشرع اليمني في المادة (٢٧١) المتعلقة بالالتزام التخييرى لم يراع مسألة الهدف من الخيار ، ولم يضع نصب عينيه الحكمة التى من أجلها أُبيح خيـار التعيين، حيث إن الفقهاء قد أجازوا هذا الخيار بهدف المحافظة على مصلحة المتعاقـدين معاً ، ولا يكون ذلك إلا من خلال منح صاحب الخيار فرصة للتروى والتفكـر لاختيـار الأوفق والأرفق من بين الأشياء المخير فيها ، وهذه المسألة يحتاج إليها المدين والـدائن على حد سواء ، ولافضل لأحد هما على الآخر كما ظهر لي .

وأما مسألة كون الالتزام التخييرى فيه ضمان لحق الدائن ، كما ذكر شراح القانون فهذا القول غير مقنع ؛ لأنه يقتضى من باب أولى أن يكون الخيار في الأصل للدائن مـا دام المقصود حماية مصلحته ، لكن شيئاً من هذا لم يتحقق ؛ لأن المشرع قد جعل الأصل في الخيار للمدين ولا يكون للدائن إلا على سبيل الاستثناء [١] .

وعلى ذلك كان الأحرى بالمشرع اليمنى أن يترك مسألة تحديد صاحب الخيار إلى الطرفين ، ويجعل مصدر هذا الخيار هو الإرادة المشتركة للعاقدين كما فعل في المـادة (٤٨٥).

(٤) – يلاحظ اختلاف تسمية صاحب الخيار فـى المـادتين (٤٨٥) و(٢٧١) . فالمـادة (٤٨٥) تطلق على صاحب خيار التعيين مصطلح المـشترى أو البـائع ، وهـذا المسلك يتفق مع آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، فهم يطلقون على صاحب الخيار لفظ المشترى أو البائع إن كان الخيار قد اقترن بعقد البيع .

---

(١) راجع: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني ، مرجع سـابق ج٢ ص٢٤٤ ، والنظرية العامة للالتزامات في أحكام الالتزام للدكتور/ توفيق حسن فرج ج٢ ص١١٨ ، دون دار نشر، القاهرة ،١٩٨٥م .

وقد يكون صاحب الخيار المؤجر أو المستأجر[1] في حالة اقتران خيـــار التعيـــين بعقد الإيجار المهم أن صاحب الخيار عند الفقهاء هو أحد أطراف العقد اللازم الذى يقبل هذا الخيار ، وهذه تسميات مألوفة ومعروفة درج الناس على استعمالها والتعارف عليهـــا حيث لا يكتنفها الغموض والجهالة .

أما المادة (٢٧١) فقد أطلقت على صاحب الخيار لفظ الملتزم أو صاحب الحـق فالملتزم يراد به المدين، وهو الذي يجب عليه تأدية أحد الأشياء المتعددة ، وصاحب الحق يراد به الدائن ، وهو الذي له حق متعلق في ذمة المدين ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أدى واحداً من الأشياء المخير فيها، وهذه المسميات لا تلائم طبيعة خيار التعيين ناهيك عــن الغموض الذى يشوبها ؛ ولذلك فإن التسمية التى وردت عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيار هى الأفضل للأسباب التى تقدم ذكرها.

ثانياً : اشتراط الخيار للمتعاقدين معاً :

لم يتعرض المشرع اليمنى لهذه المسألة لا فى المـــادة (٢٧١) ، ولا فـــى المـــادة (٤٨٥) ، وكان عليه أن يعالج هذه المسألة بنص صريح يبين موقفه من هذا الأمر؛ حيث يقع عليه أن ينص على أن خيار التعيين لا يجوز أن يكون للطرفين معا حتى لا يـــؤدي ذلك إلى النزاع والمشاحنة بين الأطراف .

ثالثاً : اشتراط الخيار للأجنبى عن العقد :

أجاز المشرع اليمنى للأطراف الاتفاق فيما بينهم على جعل الخيار للأجنبى عــن العقد ؛ حيث أشارت إلى ذلك المادة (٢٧١) التي نصت في شطرها الأخير على أن "يكون الخيار للملتزم بالشيء محل التخيير مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

ومن هذا النص يتضح أنه يجوز للعاقدين الاتفاق على أن يكون الخيار للأجنبـــي عن العقد ، وبناء على ذلك يحق للأجنبي ممارسة الخيار نيابة عن العاقد ، وقـــد أجـــاز

(١) راجع : موسوعة القواعد الفقهية للقدورى ج٥ ص٢٢٥٣ .

شراح القانون هذه المسألة نظراً للحاجة الماسة لهذا الأجنبى فقد يكون خبيراً فنياً ، ويحتاج أحد العاقدين لرأيه فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا العاقد يستعمله بعد استشارة الخبير[١].

وعلى ذلك فإن موقف المشرع اليمنى فى هذه المادة لا يختلف عن موقف الفقهاء المجيزين لخيار التعيين فهم قد أجازوا اشتراط الخيار للأجنبى ، غيـــر أنـــه يلاحـــظ أن المشرع اليمنى قد سكت عن تنظيم هذه المسألة فى المادة (٤٨٥) [٢] وكان الأولى به أن يشير صراحة إلى جواز اشتراط خيار التعيين للأجنبى ؛ لأن هذه المادة مقتبسة من آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وهم قد أجازوا الخيار للأجنبي عن العقـــد ، وذكـــروا أسباب ذلك .

ومع ذلك يبدو أنه يجوز للطرفين الاتفاق على جعل الخيار للأجنبى ما دام المشرع قد ترك لهم حرية اختيار صاحب الخيار من بينهما ؛ فلا مانع أن يتفق المتعاقدان علـــى جعل الخيار للأجنبى ؛ لأن المشرع اليمني لم يمنع ذلك صراحة ؛ ولأن هـــذه المـــادة لا تتعلق بالنظام العام ، وليست آمرة ،وإنما هي مكملة لإرادة الأطراف ، ومن ثـــم يجـــوز الاتفاق على خلاف ما ورد فيها.

---

(١) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور / السنهورى ج ٣ ص١٣١ ، ودروس فـــى نظريـــة الالتزام للدكتور / محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص٣٣٣ ، ونظرية الالتزام للدكتور سمير عبد السيد تناغوا ص٤٤٨ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،١٩٩٠م .

(٢) ويلاحظ كذلك أن المشرع اليمنى ، قد سكت عن تنظيم هذه المسألة في المادة (٤٩٢) من القانون المدني اليمنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م .

الفرع الثاني

مجال خيار التعيين في القانون اليمني (العقود التي يدخلها)

يلاحظ أن المشرع اليمنى لم يحدد صراحة العقود التى يدخلها خيار التعيين ، ولم يشر إليها بصريح العبارة كما فعل فى خيار الشرط ، حين أشار صراحة إلى أن خيـار الشرط يدخل فى العقود اللازمة القابلة للفسخ [١] .

وبالنظر فى نص المادة (٤٨٥) المذكورة سلفاً يتضح الآتى :

- أن المشرع فى هذه المادة ، قد أشار صراحة إلى أن خيار التعيين يدخل فى عقـد البيع لكون هذه المادة قد وردت ضمن الأحكام الخاصة بتعريف البيـع وأركانـه وشروطه ؛ إذ استهل المشرع نص المادة بعبارة :(يصح بيع أحد شيئين ...الخ) .

ولعله قد ذكر هذه المادة فى البيع تأسياً بالفقهاء المجيزين لهذا الخيار فهـم قـد ذكروا هذا الخيار فى عقد البيع ، ولكن لا يعنى ذلك أن هذا الخيار لا يصح إلاّ فى عقـد البيع ، وإنما هو جائز كذلك فى العقود الأخرى التى تقبل الفسخ ؛ كالإجارة وغيرها.

أما في المواد المتعلقة بالالتزام التخييرى ؛ فقد نصت المادة (٢٧٠) على أن "يكون محل العقد متعدداً فى الالتزامات التخييرية" .

ويفهم من هذا النص أن المشرع اليمنى قد أجاز دخول هذا الالتزام فى كثير من العقود [٢] ؛ لأن كلمة العقد الواردة فى هذه المادة عامة تشمل جميع العقود، ولا تخـتص بعقد دون غيره ، فقد يدخل الالتزام التخييرى على العقود المالية اللازمة التى تقبل الفسخ؛ كعقدي البيع والإجارة ، وقد يدخل على العقود غير اللازمة ، وهذا التعميم يلاحظ عنـد

---

(١) ذكرت ذلك المادة / ٢٣١ من القانون المدنى اليمنى ؛ إذ نصت في شطرها الأول على أنه :" يجـوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين او أحدهما" .

(٢) وقد ورد هذا النص فى المادة (٢٧٣) من القانون المدنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م ولم يطرأ عليه أى تعديل .

شراح القانون كذلك [١] ، فهم لم يحصروا الالتزام التخييرى فى عقد البيع بـل أجـازوا دخوله فى سائر العقود المالية دون أن يحصروه في نوع محدد من العقود .

وعلى هذا الأساس فخيار التعيين فى القانون المدنى اليمنى لا ينحصر فـى عقـد البيع، بل من الممكن أن يدخل فى العقود التى تكون فى حكم البيع ؛ كالإجارة ونحو ذلك ، وبذلك فإن موقف القانون المدني اليمني في هذه المسألة لا يختلف عمـا قـرره الفقهـاء المجيزون لهذا الخيار .

– <u>موازنة بين القانون المدني اليمني، وبين وآراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين:</u>

يتضح من خلال العرض السابق أن القانون اليمني قد أجاز اشتراط خيـار التعيـين للمشتري وحده ، وأجاز كذلك الخيار للبائع وحده ، وأجاز الخيار للأجنبي ، ولم يجز الخيار للعاقدين معا، كما أنه قد أجاز دخول خيار التعيين في عقد البيع ، وغيره مـن العقود التي تقبله، وبالموازنة بين موقف المشرع اليمني، وآراء الفقهاء المجيزين لهذا الخيار يتبين أن القانون اليمني لا يختلف إجمالاً عما قرره الفقهاء المجيزون لخيـار التعيين في مسألة صاحب الخيار، ومجاله ، غير أن القانون المدني اليمني قد خـالف الفقهاء في بعض الأمور، وقد تقدم ذكرها في محلها ، وتم بيان أوجه الاختلاف بـين آراء الفقهاء ، والقانون المدني اليمني ، وتبين حينها أن ما ذهب إليـه الفقهـاء هـو الصواب .

---

(١) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى ، مرجع سابق ج٣ ص١٢٥ ، ودروس فى أحكـام الالتزام للدكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، مرجع سابق ص٢٢٢ ، ونظرية الالتـزام للـدكتور / محمود جمال الدين زكى ، مرجع سابق ج٢ ص١٣٣ ، والموجز فى شرح القـانون المـدنى (أحكـام الالتزام) للدكتور / عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ج٢ ص٢٢٣ .

المبحث الثاني
شروط صحة خيار التعيين

خيار التعيين مثله مثل بقية الخيارات الشرطية ، لا يقوم إلاّ بموجب شروط معينة تثبت صحته، وهذا المبحث يدرس الشروط اللازمة لصحة هـذا الخيـار عنـد الفقهـاء المجيزين له ، وفي القانون المدني اليمني ، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول : شروط خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين له.

المطلب الثاني : شروط خيار التعيين في القانون المدني اليمني .

على أنه يجوز أن يتم ذكر لفظ الخيار أو ما فى معناه فى صلب العقد ؛كأن يقول البائع : بعتك إحدى هاتين السيارتين .. هذه بكذا ، وتلك بكذا على أنك بالخيار فى واحدة فهنا ورد ذكر لفظ الخيار صراحة ، وقد يرد ما فى معناه بأي لفظ [١]؛ كأن يقول البــائع بعتك إحدى هاتين السيارتين هذا بكذا، وتلك بكذا على أن تأخذ ما يعجبك منهما ، وتــرد الأخرى ، أو على أن تحتفظ بإحداهما .. أو غير ذلك من الألفاظ التى فى معنى الخيار .

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء المجيزين لخيار التعيين لم يذكروا مــسألة إلحــاق خيار التعيين بالعقد بعد البت ، كما ورد فى خيار الشرط ، حيث أجاز بعضهم (الأحناف) للعاقدين إلحاق خيار الشرط بعد العقد ولو بأيام كما تقدم ، ومع ذلك يبدو لي أنه يجــوز إلحاق خيار التعيين بعد العقد، ولاسيما عند الأحناف والمالكية [٢] ؛ كأن يبيع أحدهم لآخر مجموعة من الثياب ثم يلقاه بعد العقد فى اليوم التالى ويتفق معه على أن له الخيار فـــي واحد منها يختاره، ويرد الباقي ، وهذه المسألة تخضع لرضا الطرفين ، وليس فيها ضرر على العاقدين .

أما الزيدية فلا يجوز عند بعضهم إلحاق هذا الخيار بعد العقد أسوةً بخيار الشرط ؛ لأنهم قالوا إن خيار الشرط لا يلحق العقد بعد لزومه إلا فى مجلس العقد فقط [٣] .

<u>ثانيًا: يجب توافر شروط المحل في شيئين على الأقل:</u>

الأصل أنـه من المهم أن تتوافر في الأشياء المخير فيها الشروط اللازمة للمعقود عليه فى الفقه الإسلامي، ومنها أن تكون هذه الأشياء موجودة حال التعاقد؛ فلا يجوز التعاقــد على المعدوم ؛كالزرع قبل ظهوره أو الجنين فى بطن أمه أو السمك فى أعالى البحار [٤] لوجود الغرر ،وينبغي كذلك أن تكون الأشياء المخير فيها مقدوراً على تــسليمها ؛ إذ لا ينعقد العقد على محل غير مقدور على تسليمه ؛كالدار المغصوبة أو الجمل الشارد أو نحو

---

(١) راجع : الموسوعة الفقهية ، مرجع سابق ج٢٠ ص٥٢ .

(٢) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩، والفتاوى الهندية لنظــام وآخــرين ج٣ص٣٩ ، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢١٢، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٧ .

(٣) راجع : البحر الزّخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨ .

(٤) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٢٣ ، والمهذب فى فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج٢ ص١٢ ، والعزيز شرح الوجيز للرافعى ج٤ ص٣٤ ، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٢٧ .

المطلب الأول

شروط خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين له

لا يتحقق خيار التعيين إلا بمجموعة من الشروط اللازمة لصحته ، وهذه الشروط ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء ، حيث اتفقوا حول بعضها ، واختلفوا حول الأخرى ، وقد خصص هذا المطلب لدراسة شروط هذا الخيار ، وذلك في فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : الشروط التي اتفق الفقهاء المجيزون لخيار التعيين عليها

الفرع الثاني : الشروط التي اختلف الفقهاء المجيزون لخيار التعيين حولها

الفرع الأول

الشروط التي اتفق الفقهاء المجيزون لخيار التعيين عليها

هناك مجموعة من الشروط التى حظيت باتفاق الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وسيتم ذكرهاعلى النحو الآتي :

أولاً : ضرورة ذكر شرط التعيين فى صلب العقد:

ويقصد بذلك أنه من الضرورى أن يتم الاتفاق بين العاقدين على شـرط تعيـين المبيع فى صلب العقد[١] ، أي في (الإيجاب والقبول) ؛ كأن يقول البائع للمشترى بعتـك إحدى هاتين العمارتين ، هذه بكذا ، وتلك بكذا ، على أن لك الخيار فـى أن تختـار مـا يناسبك منهما ، فإذا وافق المشترى على هذه الصيغة صار الخيار له وحده ؛ وبذلك فإن شرط خيار تعيين المبيع قد نشأ بناءً على اتفاق الطرفين فى صلب العقد، وقد يتم الاتفاق بين الطرفين على جعل الخيار للبائع ؛ كأن يقول المشتري للبائع أريد واحدة من هـاتين السيارتين ، ولك الخيار في أن تختار التي تريد أن تبيعني منهما .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٩ .

على أنه يجوز أن يتم ذكر لفظ الخيار أو ما في معناه في صلب العقد ؛كأن يقول البائع : بعتك إحدى هاتين السيارتين .. هذه بكذا ، وتلك بكذا على أنك بالخيار في واحدة فهنا ورد ذكر لفظ الخيار صراحة ، وقد يرد ما في معناه بأي لفظ [١]؛ كأن يقول البـــائع بعتك إحدى هاتين السيارتين هذا بكذا، وتلك بكذا على أن تأخذ ما يعجبك منهما ، وتـــرد الأخرى ، أو على أن تحتفظ بإحداهما .. أو غير ذلك من الألفاظ التي في معنى الخيار .

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء المجيزين لخيار التعيين لم يذكروا مـــسألة إلحـــاق خيار التعيين بالعقد بعد البت ، كما ورد في خيار الشرط ، حيث أجاز بعضهم (الأحناف) للعاقدين إلحاق خيار الشرط بعد العقد ولو بأيام كما تقدم ، ومع ذلك يبدو لي أنه يجـــوز إلحاق خيار التعيين بعد العقد، ولاسيما عند الأحناف والمالكية [٢] ؛ كأن يبيع أحدهم لآخر مجموعة من الثياب ثم يلقاه بعد العقد في اليوم التالي ويتفق معه على أن له الخيار فـــي واحد منها يختاره، ويرد الباقي ، وهذه المسألة تخضع لرضا الطرفين ، وليس فيها ضرر على العاقدين .

أما الزيدية فلا يجوز عند بعضهم إلحاق هذا الخيار بعد العقد أسوةً بخيار الشرط ؛ لأنهم قالوا إن خيار الشرط لا يلحق العقد بعد لزومه إلا في مجلس العقد فقط [٣] .

ثانيًا: يجب توافر شروط المحل في شيئين على الأقل:

الأصل أنه من المهم أن تتوافر في الأشياء المخير فيها الشروط اللازمة للمعقود عليه في الفقه الإسلامي، ومنها أن تكون هذه الأشياء موجودة حال التعاقد؛ فلا يجوز التعاقـــد على المعدوم ؛كالزرع قبل ظهوره أو الجنين في بطن أمه أو السمك في أعالي البحار [٤] لوجود الغرر ،وينبغي كذلك أن تكون الأشياء المخير فيها مقدوراً على تـــسليمها ؛ إذ لا ينعقد العقد على محل غير مقدور على تسليمه ؛كالدار المغصوبة أو الجمل الشارد أو نحو

---

(١) راجع : الموسوعة الفقهية ، مرجع سابق ج٢٠ ص٥٢ .

(٢) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩، والفتاوى الهندية لنظـــام وآخـــرين ج٣ص٣٩ ، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢١٢، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٥٧ .

(٣) راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٤٨ .

(٤) راجع : المبسوط للسرخسي ج١٣ ص٢٣ ، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج٢ ص١٢ ، والعزيز شرح الوجيز للرافعي ج٤ ص٣٤ ، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٢٧ .

ذلك ، كما يجب أن تكون هذه الأشياء معينة تعييناً نافياً للجهالة ، ويتم التعيين بالإشـــارة إلى كل واحد منها إن كان موجوداً ، أو بالمعاينة عند العقد أو قبله أو بالوصـــف ببيـــان جنسه، ونوعه، ومقداره ، ولابد أن تكون هذه الأشياء طاهرة حيث لا يجوز بيع النجس ؛ كالخنزير ،والميتة، والخمر، ونحو ذلك [1].

على أن الشروط العامة التي يجب توافرها في محل العقد إذا لم تتوافر فـــي كـــل الأشياء المخير فيها فلابد أن تتوافر في شيئين من الأشياء المخير فيها على الأقل حتـــى يتمكن صاحب الخيار من استعمال خياره[2]، أما إذا لم يتوافر ذلك فلا يجوز العقد لعـــدم توافر الشروط الشرعية اللازمة فى الأشياء المخير فيها .

ثالثاً: يجب تعدد الأشياء المخير فيها :

ويعنى ذلك أنه لابد من أن تتعدد الأشياء المخير فيها ؛ لأنه لا يتصور قيام خيـــار التعيين فى عقد على شيء واحد ؛ ولذلك فقد نص الفقهاء المجيزون لخيار التعيين علـــى ضرورة أن يقع الخيار على أشياء متعددة حتى يستطيع صاحب الخيار أن يختار الأوفـــق والأرفق له ، وأمثلتهم وردت دالة على ذلك عند الحديث عن مضمون هذا الخيار حيـــث وجدت أنهم يذكرون دائماً أنه يجوز للشخص أن يختار واحداً من اثنـــين أو ثلاثـــة [3]، وعلى ذلك فشرط تعدد الأشياء المخير فيها من أهم الشروط اللازمة لقيام هذا الخيار .

على أنه لابد أن يكون هناك تفاوتاً معتد به بين الأشياء المخير فيها حتى يتحقق معنى التخيير ؛ إذ لا مجال للحديث عن التخيير إذا انعدم التفاوت بين الأشياء المخير فيها.

---

(١) راجع : العزيز شرح الوجيز للرافعى ج٤ ص٢٣ ، والمهذب للشيرازى ج ص٩ ، والقوانين الفقهية لابن جزئ ص١٦٣ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٥٤٢ ، والروض المربع للبهـــوتي ص٢٢٩-٢٣٣

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٨ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١

(٣) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٨، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٢٥ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ ، والتـــاج المذهب للعنسى الصنعانى ج ٢ ص٣٩٣ ، والسيل الجـــرار للـــشوكانى ج٣ ص٩٤ – ٩٥ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٢ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفـــيش ج٩ ص٢٨٢ .

رابعا: يجب تحديد صاحب الخيار

ينبغي أن يتم تحديد صاحب الخيار تحديداً نافياً للجهالة [1] ؛ إذ لا يجوز للطرفين أن يتفقا على خيار التعيين دون أن يحددا الشخص الذي له الخيار؛ فلو قال البائع للمـــشترى مثلاً : بعتك أحد الثوبين على أن خيار التعيين لواحد منا ، أو سكت ولم يـــذكر صـــاحب الخيار فلا يصح ذلك ؛ بسبب جهالة من له الخيار ، والجهالة في حد ذاتها تفضي إلـــى النزاع والمشاحنة بين الطرفين ؛ لأن خيار التعيين لابد له من صاحب يمارسه خلال مدة معلومة قد تطول أو تقصر على حسب رضا الطرفين ، وهـــذا الأمـــر ذكـــره الفقهـــاء صراحة[2] .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٢ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٩ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٦٢ ، والمدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٢٥ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ ، والتاج المذهب للصنعاني ج٢ ص٣٩٣ ، والسيل الجرار للشوكاني ج٣ ص٩٤-٩٥.

(٢) راجع على سبيل المثال: المبسوط للسر خسي ج١٣ ص٢٤٧ ، والفتاوى الهندية لنظـــام وآخـــرين ج٣ ص٥٢ .

الفرع الثاني
الشروط التي اختلف الفقهاء المجيزون لخيار التعيين حولها

لم تتفق كلمة الفقهاء المجيزون لخيار التعيين حول بعض شروط هذا الخيار، وسيتم ذكر هذه الشروط على النحو الآتي:

أولاً : تحديد مدة خيار التغيين، ومقدارها :

اختلف الفقهاء المجيزون لهذا الخيار حول مسألة تحديد مدة خيار التعيين ، ومقدارها حيث تباينت آراؤهم على قولين :

القول الأول : وهو لغالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار ،وهم الأحناف في الراجح عندهم (١) ،والمالكية (٢) ، والزيدية (٣) وبعض الإباضية (٤) ، ويرى هؤلاء أنه من الضروري أن تكون لخيار التعيين مدة معلومة يتم خلالها الاختيار .

وحجتهم فى ذلك أن هذا الخيار ثبت بالشرط ، ومن ثم فلابد أن تكون له مدة معلومة(٥) ؛ فلو كان المبيع ثوباً واحداً معيناً، وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرطاً لصحته بالإجماع ، والحال كذلك عندما يكون المبيع واحداً غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار، وهو مفسد للبيع (٦) .

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٥٥ ، والبناية فى شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٩٢ – ٢٩٣، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٢٤ – ٢٥ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ ، وجاء فيها : " وإذا ذكر الخيار مطلقاً ولم يوقته كان الكرخي يقول لا يجوز هذا البيع ... وإليه مال شمس الأئمة الحلوانى وشمس الأئمة السرخسى "

(٢) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٧١ .

(٣) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٣ ، والسيل الجرار للشوكانى ج٣ ص٩٥.

(٤) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ وجاء فيه "... ومن باع ثوبين مثلاً على الخيار لمدة معلومة فى أخذ أيهما شاء بعشرة مثلاً جاز" .

(٥) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٥٥ ، وجاء فيه "... هذا خيار ثبت بالشرط فلابد فيه من إعلام المدة .. " .

(٦) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٦ ص٤٩٤ .

وعلى هذا الأساس فإن تحديد المدة قد جاء بهدف دفع الغرر سواء أكان البيع فيه خيار شرط، أم خيار تعيين ؛ فالدافع واحد فى الخيارين ؛ لأن خيار التعيين فـــى معنـــى خيار الشرط دلالةً كما ذكر المجيزون له .

القول الثاني : لبعض الأحناف[١] ، ويرى أصحاب هذا القول أنه يـــصح العقـــد المشتمل على خيار التعيين المجرد دون ذكر مدة محددة ، وحجتهم فى ذلك أن التوقيـــت يفيد لزوم العقد عند مضى المدة ، وهذا يفيد فى خيار الشرط ؛ لأن العقد غير لازم فيه ، ومن ثم يلزم بمضي المدة إذا لم يستعمل صاحب الخيار خياره ، أما فى خيـــار التعيـــين المجرد فالعقد لازم فى عدد من الأشياء المخير فيها منذ البداية ، ومن ثم فلا حاجة إلـــى تحديد المدة طالما أن العقد لازم فى عدد من الأشياء المخير فيها[٢] .

وقد نسب الزيلعي [٣] هذا الرأي لنفسه فقال : " قال العبد الضعيف عفا الله عنـــه إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى الوقت وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم فى أحدهما قبل مضى الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت دون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك ، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه "

وقد أجيب عن هذا القول بأن تحديد مدة خيار التعيين له فائدة كبرى ؛ إذ يتم بها إجبار صاحب خيار التعيين على تعيين المبيع بعد مضى المدة المحددة ، إذا مرت دون أن

---

(١) راجع : تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٢١ – ٢٢ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٥٩٤ . وجاء فيه "وهل يشترط بيان المدة فى هذا الخيار اختلف المشايخ لاختلاف ألفاظ محمد فى هذه المـــسألة فـــى الكتب ، فذكر فى الجامع الصغير على أن يأخذ المشترى أيهما شاء ، وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وذكر فى الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار ، فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة ... وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً ، وهو قول الكرخي والطحاوى ـــ رحمهما الله ـــ وقال بعضهم يصح خيار التعيين من غير ذكر المدة ".

(٢) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابـــدين ج٧ ص١٤٠ – ١٤١ ، وبـــدائع الـــصنائع للكاســـانى ج٦ ص٥٩٤ ، وحاشية الطحاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج٣ ص٣٧ ، والبحـــر الرائـــق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٥ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤ ص٢١-٢٢ .

يختار ، كما أن لتحديد المدة فائدة أخرى تتمثل فى دفع الضرر الذى قد يحـصل للبـائع بسبب مماطلة المشترى في التعيين ؛ إذ أن عدم اشتراط تحديد المدة من شأنه أن يفـوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه [١] .

وهذه الفائدة ليست مقصورة على البائع فحسب ؛ بل قد يستفيد المشترى كذلك إذا كان البائع هو صاحب الخيار ، وماطل فى الاختيار ، فتحديد المـدة يقطـع المماطلـة ، ويعجل بالاختيار من قبل صاحب الاختيار ، وعلى ذلك فإن عدم تحديد المدة من شأنه أن يجعل صاحب الخيار يماطل فى تعيين المبيع ، وهذا سيلحق ضرراً بالطرف الآخر ، ولذا فالواجب تعيين مدة هذا الخيار لدفع الضرر حتى يتأتى إجبار صاحب الخيار على تعيـين المبيع بعد مرور المدة [٢] .

وما ورد سلفا يخص خيار التعيين غير المقترن بخيار الشرط (المجرد) ، أمـا إذا اقترن خيار التعيين بخيار الشرط ، فلا حاجة إلى تحديد مدة معينة لخيار التعيـين ، بـل يكتفى بالمدة المحددة لخيار الشرط ، وهذا ما ذكره الأحناف صراحة ، إذ قالوا لابد مـن توقيت خيار التعيين بمدة معينة إذا لم يتفق المتعاقدان على اقتران خيار التعيـين بخيـار الشرط[٣].

وبذلك فإن اشتراط توقيت خيار التعيين يكون عند عدم اقتران الخيـارين ، ولـم يفصح المالكية، والزيدية عن رأيهم في هذه المسألة ؛ إذ اشترطوا صراحة توقيت خيـار التعيين غير المقترن بخيار الشرط ، أما إذا اقترن بخيار الشرط ، فلم أجـد لهـم قـولاً

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٤١ ، وحاشية منحة الخالق لابن عابـدين بهـامش البحر الرائق ج٦ ص٢٥ ،وشرح المجلة لسليم الباز ، مرجع سابق ص١٦٨.

(٢) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج ١ ص٢٦٤ .

(٣) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٤١ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ، ج٥، ص٥٢٣ ، الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٤ – ٥٥ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغينـاني ج٣ ص٣١ . يرى بعض المحدثين أنه يجب تعيين مدة معلومة لخيار التعيين سواء أكان معه خيار شرط أم لا وبناءً على ذلك فإذا اقترن خيار التعيين بخيار الشرط وجب تعيين مدة لخيار التعيين ، ومدة لخيارالشرط ، وهذه زيادة لا حاجة لها ، والصواب الاكتفاء بمدة خيار الشرط عند اقتران الخيارين كما قال الأحناف ، راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٤ .

واضحاً في ذلك ، ولكن يظهرمن أمثلتهم التي ذكروها أنهم يتفقون مع الأحناف ، بدليل أن المالكية يذكرون أن بيع الخيار والاختيار(خيار التعيين) يكون حين يقول البائع للمـــشترى بعتك أحد هذين الثوبين هذا بكذا ، وهذا بكذا ، على أن تختار واحداً منهما، وبعد اختيـــار ما يناسبك منهما لك الخيار فى الأخذ، والرد ثلاثة أيام[١] ، وعلى ذلك فقد اكتفوا بـــذكر مدة واحدة فقط ، وهى مدة خيار الشرط، وقد ذكر الزيدية كذلك هذا الأمـــر ؛ إذ قـــالوا بجواز بيع ثوب من ثياب على أن يكون الخيار فى مدة معلومة [٢] .

وعلى الرغم من اتفاق غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين على ضرورة تحديد مدة معلومة لخيار التعيين ، فإنهم قد اختلفوا حول مقدار هذه المدة ، حيث تباينت آراؤهم على قولين :

<u>القول الأول</u> : لأبى حنيفة ، ويرى أن مدة خيار التعيين يجب ألا تزيد على ثلاثـــة أيام أسوةً بخيار الشرط لكونه في معناه دلالةً ، وعلى ذلك فمدة خيار التعيـــين يجـــب أن تقتصر على ثلاثة أيام فما دونها [٣] ،وقد سبق عرض أدلتهُ عند الحديث عن مدة خيـــار الشرط [٤]، وما ورد هناك ينطبق على هذه المسألة .

---

(١) راجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٧١ .

(٢) راجع البحر الزَّخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٥ .

(٣) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٣ ، وشرح بداية المبتدئ للمرغيناني مع نصب الراية للزيلعى ج٤ ص٤٣٩ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٤ – ٥٥ ، والبحر الرائق شـــرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٥ ، وقد ذكر ابن نجيم أنه يجوز خيار التعيين إلى أربعة أيام عند أبى حنيفة ، إذ قال : ' وإذا لم يذكر خيار الشرط ... فلابد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبأي مـــدة معلومة كانت عند هما كذا فى الهداية وذكر فى المحيط أنه لا يتأقت عنده بالثلاث فيجوز إلى أربعة عنده ' . ولم أقف على هذا القول فى بقية كتب الأحناف .

(٤) تقدم ذلك فى الفصل الثاني من الباب الأول من الرسالة ص١٠٧ .

القول الثاني : وهو للصاحبين[١] – محمد وأبي يوسف – ، والمالكية [٢] ، والزيدية[٣]، وبعض الإباضية [٤] ، وهؤلاء قالوا بجواز أن تزيد مدة خيار التعيين على ثلاثة أيام ، ولم يحصروا هذه المدة فى ثلاثة ، بل فوضوا ذلك للطرفين ، وتركوا لهما الأمر فى تحديد مدة معلومة لهذا الخيار ،وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي ؛ إذ نصت المادة (٣١٧) منها على أنه : "يلزم فى خيار التعيين تعيين المدة"

على أن الاختلاف بين الفقهاء حول مقدار المدة ينطبق كذلك على خيار التعيين إذا اقترن بخيار الشرط ، مع اختلاف طفيف للمالكية فهم يرون أن مدة خيار الشرط تختلف باختلاف المبيعات ، وقد تم ذكر رأيهم مفصلاً عند الحديث عن مدة خيار الشرط [٥] ، وما ورد هناك ينطبق على مدة خيار التعيين إذا اقترن بخيار الشرط .

ومما سلف يبدو لي رجحان رأى غالبية الفقهاء القائلين بضرورة أن تكون لخيار التعيين مدة معلومة لقوة الأدلة التى ذكروها ؛ ولأن عدم تحديد المدة من شأنه أن يؤدى إلى الغرر والجهالة المفضيين إلى النزاع والمشاحنة بين الناس ، وهذا تأباه الشريعة الإسلامية التى تحرص على تحقيق مصالح العباد ورفع الضرر والحرج عنهم .

ولا أميل إلى ما قاله الإمام أبو حنيفة –رحمه الله ــ حين حصر مدة خيار التعيين في ثلاثة أيام فقط ، فالشاهد في زماننا هذا أن هناك تغيراً ملموساً فى شتى مناحي الحياة ، ولاسيما فى جوانب المعاملات المالية المعاصرة ؛ فالأجهزة الحديثة على سبيل المثال تحتاج وقتاً ليس يسيراً لفحصها والتأكد من مزاياها وعيوبها .

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاسانى ج٦ ص٤٩٤ ، والبناية في شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٩٢ – ٢٩٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص٢١ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٢٥ .

(٢) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٢٥ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٤ ، والذخيرة للقرافى ، ج٥ ، ص٤٦ .

(٣) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٣ ، والسيل الجرار للشوكانى ج٣ ص٩٥ .

(٤) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ .!

(٥) تقدم ذلك فى الفصل الثانى من الباب الأول ، ص١١٠ .

ولذا فمن العدل أن نساير هذا الزمان، ونجعل الأمر خاضعاً لإرادة الطرفين يقرران ما هو أنسب لهما من المدة ، وهذا هو رأى غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وما قلت في خيار الشرط ينطبق على هذا الخيار .

ثانياً : تحديد الحد الأعلى لعدد الأشياء المخير فيها :

هناك أشياء متعددة يحق لصاحب خيار التعيين أن يختار ما يناسبه من بينها ، وتعدد الأشياء فى هذا الخيار ، أمر لا خلاف فيه بين الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، إلا أنهم قد اختلفوا في الحد الأعلى لعدد الأشياء التى يحق لصاحب الخيار الاختيار من بينها، حيث انقسمت آراؤهم على قولين :

القول الأول : للأحناف ، وهم يرون أن الحد الأعلى لعدد الأشياء التى يقع الاختيار من بينها ينبغى أن يقتصر على ثلاثة أشياء فقط ، وقد أفصحت بذلك جميع الأمثلة التى دونوها فى كتبهم ، وحجتهم فى هذا الأمر أن البيع بخيار التعيين يعد فاسداً ، بناءً على القياس لجهالة المبيع ، ولكنهم تركوا القياس ، وعملوا بالاستحسان لحاجة الناس إلى هذا البيع ، والحاجة تندفع بالثلاث ؛ لأن فى الثلاث الجيد والوسط والردئ ، وما دام ذلك متحققاً فى الثلاث فلا حاجة للزيادة ؛ لأن ما زاد على الثلاث يفسد العقد ، وعلى ذلك فالحاجة فى الأربعة معدومة [١] .

القول الثانى : لغالبية المجيزين لخيار التعيين وهم المالكية [٢] ، والزيدية [٣] ، وبعض الإباضية[٤]، ولم يحدد هؤلاء الحد الأعلى لعدد الأشياء التي يقع الاختيار من بينها(الأشياء المخير فيها) ، بل أجازوا أن تزيد هذه الأشياء على ثلاثة ، فالمالكية لم يحصروا الأشياء المخير فيها فى ثلاثة ، بل أجازوا أن تزيد على ذلك ، ولم يضعوا حداً

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٢٥ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢١ ، والهداية فى شرح بداية المبتدئ للمرغينانى ج٣ ص٣١ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٩٠ .

(٢) راجع : المدونة الكبرى للإمام مالك ج٣ ص٢٢٣ ، والمقدمات الممهدات لابن رشد ـ الجد ـ ج٢ ص٩٣ ، وعدة البروق للونشريسى ص٤٣٩ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ .

(٣) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٣ .

(٤) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ .

أعلى لعددها ، حيث ذكروا أنه يجوز شراء الثوب من الثياب على الاختيار والإلزام في الصنف الواحد أو شراء الشاة من الشياة على الاختيار [١] وما إلى ذلك.

وفعل الزيدية كذلك؛ إذ لم يحددوا الحد الأعلى لعدد الأشياء المخير فيها ، وإنما أجازوا للشخص أن يشترى ثوباً من ثياب مختلفة أو مستوية على أن له الخيار فى التعيين مدة معينة ، وكذلك فعل بعض الإباضية ، وأجازوا أن تكون الأشياء المخير فيها أكثر من ثلاثة [٢] .

وبالموازنة بين القولين يتبين أن قول الأحناف له وجاهته ، ففي الثلاث قد يوجد الجيد والوسط والردئ ، ولرأي الجمهور ـ من غير الأحناف ـ أيضاً وجاهته ؛ إذ قد يحتاج الفرد إلى أكثر من ثلاثة أشياء ليختار من بينها ما يناسبه ، وكلما زادت الأشياء المخير فيها حصل صاحب الخيار على فرصة أكبر وأيسر ، والشواهد على هذا الأمر كثيرة ؛ ففي حياتنا المعاصرة اليوم ، وبخاصة فى المعاملات التجارية ، تعرض للفرد كثير من أصناف السلع بعضها متجانس وبعضها غير ذلك ، ولذلك يحتاج الفرد إلى إعمال الفكر والتروي فى اختيار الأحسن والأفضل ، وعلى ذلك يبدو أن رأى الأغلبية هو الراجح ؛لأن فيه تيسيراً على الناس ؛ ولكونه يرفع الحرج عنهم ، ويوسع عليهم ، والتوسيع أفضل من التضييق ،والله أعلم .

ثالثاً : تحديد الحد الأعلى لعدد الأشياء المختارة :

تقدم سلفاً أن الحد الأعلى لعدد الأشياء التى يحق لصاحب خيار التعيين أن يختار من بينها هى ثلاثة عند الأحناف ، وعند الغالبية (المالكية والزيدية وبعض الإباضية) يجوز أن تكون أكثر من ثلاثة ، وقد رجحت أن يكون الحد الأعلى لهذه الأشياء أكثر من ثلاثة ، وإذا علمنا الحد الأعلى للأشياء المخير فيها ، فما هو الحد الأعلى لعدد الأشياء التى يحق لصاحب الخيار أن يختارها ؟ للإجابة عن هذا السؤال تتبعت أقوال الفقهاء ، وظهر أن لهم فى هذه المسألة قولين:

---

(١) راجع : المقدمات الممهدات لابن رشد ج٢ ص٩٣ .

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسى ج٢ ص٣٩٣ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢

<u>القول الأول</u> : للأحناف، وهم في حقيقة الأمر لم ينصوا صراحة على الحد الأعلى الذى ينبغى للعاقد صاحب الخيار أن يختاره، ولكن يلاحظ من أمثلتهم التى دللوا بها على صحة خيار التعيين أنهم يذكرون العدد الذى ينبغى لصاحب الخيار أن يأخذه ، وهو واحد من بين ثلاثة ؛ كأن يقول البائع للمشترى "بعتك أحد هذين الثوبين هذا بكذا، وهـذا بكـذا على أن تأخذ أحدهما وترد الثاني[1] فالحد الأعلى لعدد الأشياء المختارة هنا هو واحد فقط حيث لم يذكروا زيادة على ذلك .

<u>القول الثاني</u> : للغالبية ، وهم المالكية، والزيدية، وبعض الإباضية، وهؤلاء الفقهاء صرحوا بأنه يحق لصاحب الخيار أن يختار واحداً من عدة أشياء أو أكثر من ذلك علـى حسب رغبته، وحاجته ؛ فالمالكية ذكروا ذلك صراحة فى كتبهم ، حيث أجازوا لصاحب الخيار أن يختار أكثر من واحد من الأشياء المخير فيها ، فقد جاء فى المدونة الكبرى [2] "... أرأيت لو أن رجلاً اشترى مائة شاة على أن يرد منها شاة أيتهن شاء أيجوز هذا البيع فى قول مالك ؟ قال : نعم لأنه إنما هو رجل اشترى تسعاً وتسعين شاة من هـذه المائـة على أن يختار فله أن يرد شاة منها أيتها شاء والبيع جائز قال : وقال مالك : ولـو أن رجلاً اشترى عشرين شاة من مائة شاة أو ثلاثين شاة أو أربعين شاة على أن يختارها فلا بأس بذلك... قلت : وكذلك إن باعه البائع هذه المائة كلها إلا شاة واحدة يختارها البـائع ويكون للمشترى ما سوى ذلك أيكون ذلك له فى قول مالك ؟ قال : نعم" .

وقال القرافي [3] : "يجوز شراء ثوب من ثوبين بخياره أو خمسين من مائة إن كانت جنساً واحداً" .

أما الزيدية فقد ذكروا أنه يجوز للعاقد أن يشترى ثوبين أو ثياباً ، كل ثوب بكذا على

---

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٥٩٣، وتبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٢١ ، والهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٣ ص٣١.

(٢) المدونة الكبرى برواية سحنون ج٣ ص٢٣٥ .

(٣) الفروق ج٥ ص٣٢ .

أنه بالخيار يرد ما يشاء ويأخذ ما يشاء(١) ، أي له الخيار في أن يختار واحداً أو أكثر من الثياب المخير فيها، وذكر بعض الإباضية (٢) أنه يجوز أن يختار صاحب الخيار أكثر من واحد.

ومما سلف يبدو لي رجحان رأى أصحاب القول الثانى (غالبية المجيزين) ؛ لأن الحاجة تختلف من شخص لآخر، فقد يحتاج بعضهم إلى واحد فقط ، فى حين أن غيـره يحتاج إلى أكثر من ذلك؛ ولذا فما الداعي لتقييده بالواحد فقط ، وعلى ذلـك فمـن حـق صاحب الخيار أن يختار العدد الذى يروق له من الأشياء المخير فيها ، وهذا فيه تيـسير وتسهيل للمعاملات بين الأفراد، وتنشيط لحركة التجارة ،لاسيما وأن شريعتنا الإسـلامية تحث على التيسير، ورفع الحرج عن الناس، والله أعلم بالصواب.

رابعاً : اشتراط اقتران خيار التعيين بخيار الشرط :

تقدم سلفاً أن خيار التعيين هو واحد من الخيارات الثابتة بالـشرط ، وهـو مـن أخوات خيار الشرط ؛ ولذا فإن الرابطة بين هذين الخيارين واضحة، وقوية ، وبناءً على هذه الصلة يبرز السؤال الآتي: هل من الضروري لصحة العقد بخيار التعيين أن يقتـرن بخيار الشرط أم أن ذلك ليس ضرورياً ؟

فى الواقع اختلف الفقهاء القائلون بجواز خيار التعيين في الإجابة عن هذا السؤال ، حيث انقسمت آراؤهم على قولين :

القول الأول : وهو لغالبية المجيزين لخيار التعيين ، وهم الأحناف فى الصحيح عندهم (٣) ، والمالكية (٤)، والزيدية(٥)، ويرى أصحاب هذا القول أنه لا يـشترط اقتـران خيار الشرط بخيار التعيين ؛ إذ ليس من الضروري لصحة البيع بخيار التعيين أن يقترن

---

(١) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٣ .
(٢) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ .
(٣) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٢ – ٥٢٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص٢١ ، وحاشية الطحاوى على الدر المختار ج٣ ص٣٧ ، والفتاوى الهندية لنظـام وآخـرين ج٣ ص٥٤ ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٤١ ، وجاء فيها: " ولا يشترط معه خيار شرط فى الأصح"
(٤) راجع: شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ ،وحاشية الدسوقي ج٤ ص١٧١.
(٥) راجع : التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٣

بخيار الشرط ، ولكن يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على اقتران خيار التعيين بخيار الشرط ، وهذه مسألة متروكة لرضا المتعاقدين ، ومع ذلك إذا اتفقا على خيار التعيين دون اقترانه بخيار الشرط فذلك صحيح أيضاً ، وهو ما يسمى بخيار التعيين المجرد ، أي غير المقترن بخيار الشرط .

فالأحناف ذكروا هذه المسألة في مؤلفاتهم التي نقلت آراء أئمتهم الأوائل الذين قالوا بعدم اشتراط الاقتران بين الخيارين ، من ذلك ما ذكره ابن الهمام[١] ؛إذ قال: " اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذى فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط قيل : نعم كما هو المذكور فى الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير لمحمد وغيره ، والمذكور فى الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقاً لا قيداً وصححه فخر الإسلام ، فقال : الصحيح عندنا أنه ليس بشرط " .

والمالكية كذلك لم يشترطوا اقتران خيار الشرط بخيار التعيين ، فهم يذكرون بيع الخيار والاختيار، أي البيع بخيار التعيين المقترن بخيار الشرط ؛ كأن يجعل البائع الخيار للمشترى فى أن يختار واحد من اثنين ثم هو فيما يختاره بالخيار بين الرد والإمضاء ، وبذلك أجازوا مسألة اقتران الخيارين ، ولكن لم يشترطوا إلزامية ذلك ، بل تركوا الأمر للعاقدين ، فلهما أن يتفقا على اقتران الخيارين ببعضهما ، ولهما أن يتفقا على خيار التعيين المجرد عن خيار الشرط ، وهو ما يسمى عند المالكية بيع الاختيار[٢]

والزيدية [٣] كذلك لم يشترطوا اقتران خيار الشرط بخيار التعيين ، ومع ذلك لم يمنعوا اتفاق الطرفين على جواز اقتران الخيارين ببعض ، أما الإباضية فليس لهم قول محدد فى هذه المسألة .

<u>القول الثانى</u> : وهو لبعض الأحناف ، ويرى أصحاب هذا القول أنه من الضروري اقتران خيار الشرط بخيار التعيين ، إذ لا يجوز عندهم العقد الذي فيه خيار

---

(١) راجع : شرح فتح القدير ج٥ ص٥٢٢.

(٢) راجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٧١ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ .

(٣) راجع : التاج المذهب للعنسى ج٢ ص٣٩٣ ، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ج٣ ص٩٥ .

التعيين إذا كان عارياً عن خيار الشرط ؛ لأن القياس يأبى جواز العقد المشتمل على خيار التعيين لجهالة المبيع ، وإنما جاز استحساناً بنص السنة ، وهو خيار الشرط فــلا يــصح دونه [١] .

والمعنى أن العقد مع خيار التعيين لا يجوز قياساً لجهالة المبيع ، ولكن لما ارتبط خيار التعيين بخيار الشرط صار العقد جائزاً بفضل خيار الشرط ؛ لأن خيار الشرط جائز بنص السنة على خلاف القياس.

وقد نُسب هذا القول إلى الإمام الكرخى[٢]، ومع ذلك لم يسلم هذا القول من النقد ، حيث نقده ابن الهمام[٣] ،وبين ضعفه فقال : " ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضى أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون فى محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة وكــان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد إلا فى بيع فيه خيار الشرط ؛ لأن صحة البيع على أنه أن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك ".

ويعنى ذلك أن خيار الشرط وفقاً لهذا القول لابد من أن يقترن دائمــاً بالخيــارين الملحقين له فى الدلالة ، وهما خيار النقد وكذا خيار التعيين ، وهو أمر لــيس صــائباً ، ويدلل على ضعف رأى قائله ؛ لأن خيار التعيين يصح دون أن يقترن به خيار الشرط ، غير أن المتعاقدين إذا تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبــت حكمــه، وجــاز لصاحب الخيار أن يرد جميع الأشياء المخير فيها خلال المدة المحددة للخيار.

ومما سلف يتضح لي اتفاق الفقهاء المجيزين لخيار التعيين على جــواز اقتــران خيار التعيين بخيار الشرط ، وهذا الأمر فيه تيسير على الناس ، وله أهمية قصوى ؛ لأنه ينسجم مع رغبات كثير منهم ، فقد يأخذ أحدهم الأشياء المخير فيها ثم يجد أن جميعها لا تناسبه فعندئذ يحق له ردها بموجب خيار الشرط المقترن بخيار التعيين .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٣ .

(٢) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ، ج٣ ، ص٥٤ ، والبناية فى شرح الهداية للعيني ج٦ ص٢٩٢ ، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص١٢ ، وبــدائع الــصنائع للكاســانى ج٧ ص٢٧٨ ،وشرح فتح القدير لابن الهمام ، ج٥ ، ص٥٢٢ .

(٣) شرح فتح القدير ، ج٥ ، ص٥٢٣ .

ويجب ترك الأمر للعاقدين فى هذه المسألة ، فلهما أن يتراضـيا علـى اقتـران الخيارين معاً ، ولا يجوز فرض ذلك عليهم ، وعلى هذا الأساس أميل إلـى تأييـد رأى غالبية المجيزين لخيار التعيين ؛ لأنهم تركوا للعاقدين حرية الاختيار فى هذا الأمر ، وهذا مسلك صائب يثمن إرادة الطرفين ، ويقر بالاعتراف الكامل بخيار التعيين ، وأنه خيـار قائم بذاته وله أحكامه وتطبيقاته العملية التي تميزه عن خيار الشرط.

كما يبدو لي أنه يجوز اقتران خيار التعيين بخيار النقد ، مع أن الفقهاء المجيزين لخيار التعيين لم يذكروا هذا الأمر، ولكن يبدو أنه من المستحسن أن يترك لإرادة الطرفين الاتفاق على اقتران خيار التعيين بخيار النقد؛ لأن في هذا توسعة على الناس ورفع الحرج عنهم ؛ فلو كان لدى البائع مثلاً ثلاث سيارات، وقال للمشتري هذه بكذا ، وهذه بكـذا ، وتلك بكذا، وقد بعتك واحدة منها لا على التعيين، على أن تدفع ثمن التي تريدها في مـدة أقصاها عشرة أيام، فإن لم تدفع فلا بيع بيننا، فهنا اقترن خيار النقد بخيار التعيين وصار العقد غير لازم في حق المشتري صاحب الخيار، والظاهر أن اقتـران خيـار التعيـين بخياري الشرط والنقد فيه توسعة كبيرة على الناس، وتنشيط لحركة التجارة على مستوى الأفراد والمؤسسات، والله أعلم.

خامساً : تحديد نوعية الأشياء التى يتم التخيير فيها :

الأشياء التى يجرى فيها التخيير قد تكون من نوع واحد كالثياب أو نحو ذلك ، وقد تكون مختلفة الأنواع ، والسؤال الذى يبرز هنا هل من الضرورى أن تكون الأشياء التى يجرى التخيير فيها من نوع واحد فقط؟ أم أنه لا مانع أن تكون من أنواع عدة ؟

الواقع أن كلمة الفقهاء المجيزين لخيار التعيين قد اختلفت في الإجابة عن هذا السؤال حيث انقسمت آراؤهم على قولين:

القول الأول : للأحناف وللزيدية ، ويرى هؤلاء أنه يجوز أن تكون الأشياء المخير فيها من نوع واحد أو أنواع عدة حيث تناول الأحناف خيار التعيين ، وحددوا ماهيته، ولم

يشترطوا صراحة أن تكون الأشياء التي يقع فيها التخيير من نوع واحد[١]، بل المعتمد عندهم أن خيار التعيين جائز على واحد لا بعينه من عدة أشياء ، شريطة ألا تزيد على ثلاثة ، وهذه الأشياء من القيميات[٢] ولا يجوز أن تكون من المثليات التي من جنس[٣] واحد لعدم التفاوت [٤]، ويجوز أن تكون من الأشياء المثلية إذا اختلف جنسها كالشعير والبر ونحو ذلك[٥] .

---

(١) راجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٧ ص١٣٨-١٣٩ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص٢١ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٣ .

(٢) القيمي مالا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة ؛كالسيارات والغنم والخيول والحمير والبطيخ وغير ذلك ، أما المثلي فهو ما يوجد مثله في السوق دون تفاوت يعتد به كالبيض والقمح والأرز. راجع المادتين:(١٤٥-١٤٦) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الجنس لغة :هو الضرب من الشيء ، وهو أعم من النوع (الصنف) ، وفي اصطلاح الفقهاء : قال بعضهم هو مالا يكون بين أفراده تفاوت بالنسبة إلى الغرض منه، وقال آخرون هو اسم دال على كثيرين مختلفين بالأنواع؛ فالإنسان جنس لأنه يتناول الرجل والمرأة على حد سواء ، والقماش جنس يدخل تحته أنواع كثيرة من الأقمشة المتغايرة،والحيوان أجناس فالإبل جنس من البهائم، والبقر جنس ، وغير ذلك أما النوع فهو الشيء الذي يوجد تفاوت بين أفراده من حيث الغرض ؛ كالرجل والمرأة ؛ فالرجل نوع والمرأة نوع آخر، والنوع من الثياب، والثمار وغير ذلك. راجع: المصباح المنير للفيومي ، باب الجيم ، مادة جنس ص١١١ ، ومختار الصحاح للرازي ،باب الجيم ، مادة جنس ، ص١١٣ ،ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص١٠٣-١٠٤ ، والمادة ١٤٠ من المجلة ، والتعريفات للجرجاني ص٧٨) ، أما الصنف في اللغة فيعني النوع والضرب من الشيء، يقال صنف من المتاع ، والجمع أصناف وصنوف ، وصنف الشيء ميز بعضه من بعض. راجع : لسان العرب لابن منظور ج٤ ص٢٥١١ ،باب الصاد ، مادة (صنف) ، ومختار الصحاح للرازي ص٣٧١ ،باب الصاد ، مادة (ص ن ف)

(٤) راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين مع الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي ج٧ ص١٣٨-١٤٠

(٥) راجع : منحة الخالق لابن عابدين بهامش البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ج٦ ص٢٣ . ومع ذلك فقد يوجد التفاوت حتى بين الأشياء المثلية التي من جنس واحد ؛ كالفرق في الثمن بين الأرز الباكستاني والمصري و الهندي .

أما الزيدية فقد ذكروا صراحة أنه يجوز خيار التعيين سواء أكان الأشياء المخير فيها من نوع واحد أم من أنواع مختلفة [١] .

القول الثاني : للمالكية، وقالوا لابد وأن تكون الأشياء التي يجرى التخيير فيها من نوع واحد فقط ؛ كالثياب التى من نوع واحد ، فإذا اشترى رجل من رجل خمسين ثوبـــاً من عدل فيه مائة ثوب على أن يختار الخمسين ثوباً من بين المائة الموجودة فى العدل ، فله ذلك ما دامت الأثواب الموجودة فى العدل من نوع واحد ، موصوفة طولها ،وعرضها ورقعتها،وإن كان بعضها أفضل من بعض ؛ كأن تكون كلها هروية أو فسطاطية كلها أو مروية كلها[٢] .

أما إذا اختلفت الثياب التي في العدل فكانت أنواعاً من الثياب فهذا غير جائز عند المالكية، إلا أن يشترط المشترى نوعاً واحداً محدداً يختار منـــه خمـــسين ثوبـــاً أو يشترط فيقول : اختار من نوع كذا وكذا ثوباً، ومن نوع كذا وكذا ثوباً حتـــى يفـــرد الخمسين ثوباً، ويذكر أنواعه كلها ؛ فلو كانت الثياب أكسية خز وحرير لم يجز حتى يسمي ما يختار من كل نوع في قول مالك[٣] ، قال القرافي[٤] في هذا الصدد :" يجوز شراء ثوب من ثوبين بخياره ، أو خمسين من مائة إن كانـــت جنـــساً واحـــداً.. وإن اختلفت القيمة بعد أن تكون كلها مروية أو هروية فإن اختلفت الأجناس امتنع للخطر حتى يسمى ما يختار من كل جنس ، وكذلك إن اجتمع حرير وصوف وإبل وبقر لـــم يجز إلا على ما تقدم ".

وعلى ذلك فلا يجوز عندهم أن تكون الأشياء المخير فيها مختلفـــة الأجنـــاس أو الأنواع حيث لا يحق لصاحب الخيار أن يختار بقراً وغنما وإبلاً؛ إذ لابد أن يختار مـــن

---

(١) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعانى ج٢ ص٣٩٣ .

(٢) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٣٤-٢٣٥ والمقدمات الممهدات لابـــن رشـــد ، الجـــد ، ج٢ ص٩٣.

(٣) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٣٥ ، والمقدمات الممهدات لابن رشد ــ الجـد- ج٢ ص٩٣، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ج٢ ص٣٧٨.

(٤) راجع : الذخيرة للقرافى ج٥ ص٣٢ .

نوع واحد فقط أو جنس واحد كما قال القرافي[١]، وهذا الأمر ينطبق على كل ما يباع ما عدا الطعام ، فإنه لا يجوز للشخص أن يشترى على أن يختار صبرة من صبر أو شجرة من نخيل أو شجرة مثمرة اتفق الجنس أم اختلف ؛ لأن ذلك يدخله بيع الطعام بالطعـــام متفاضلاً[٢] .

وقد احتج المالكية لرأيهم بالقول إن الاختيار فى النوع الواحد جائز ؛ لأنـــه لابـــد للناس فى بيوعهم منه[٣]، أما الاختيار فى الأنواع المختلفة فهو من باب بيعتين فى بيعة ، وهذا منهي عنه وفقاً لحديث الرسول ﷺ الذى " نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ " [٤].

والسبب في ذلك عندهم أن عقد البيع يتناول مبيعين لا يـــتم البيـــع مـــع لزومـــه للمتعاقدين أو لأحدهما إلا في أحد المبيعين[٥]، وهذا بيع باطل؛ لأنه إبهام وتعليق،[٦] كما

(١) راجع : الذخيرة للقرافى ج٥ ص٣٣.

(٢) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٣٥ .

(٣) راجع : المرجع السابق ج٣ ص٢٣٥ .

(٤) رواه الترمذي في الجامع الكبير في كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة برقم١٢٣١ ،ج٢ ص٥١٣ ، وقال الترمذي :"حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح " ،والنسائي في ســـننه الكبـــرى ،كتاب البيوع ،باب النهي عن بيعتين في بيعة ،بـــرقم ٦٢٢٨ ،ج٤ ص٤٣ ،وأحمـــد فـــي مـــسنده ج٢ ص٤٣٢ ،منشورات المكتب الإسلامي ،بيروت ،١٣٩٨هـــ/١٩٧٨م ، والبيهقي في سننه الكبرى ،كتاب البيوع ، باب النهي عن بيعتين في بيعه ،برقم ١٠٨٧٨ ،ج٥ ص٥٦١ ، والحاكم في المستدرك ، كتاب البيوع ،باب من أقال مسلما ....،ج٢ ص٤٥ ، وقال الحاكم:"صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي، والجميع من طريق أبي هريرة . وقد ذكر الألباني هذا الحديث في صحيح سنن النسائي ، وقال عنه : حسن صحيح ، وذكره كذلك في صحيح سنن الترمذي ، وقال عنه :صحيح .(راجع :صحيح سنن النسائي باختصار السند صحح أحاديثه محمد ناصر الألباني ج٣ ص٩٥٨ ، المكتب الإسلامي ، بيـــروت ،١٤٠٩هـــ/١٩٨٨م، وصـــحيح ســـنن الترمـــذي صـــححه الألبـــاني ج٢ ص٨ ، المكتـــب الإســـلامي ،بيروت،١٩٨٨م) والمقصود ببيعتين في بيعة هو أن يقول البائع: للمشتري أبيعك هذه السلعة بمائـــة درهم نقداً ، وبمائتين درهم نسيئه ، راجع :سنن النسائي ج٤ ص٤٣.

(٥) راجع : الموطأ لمالك، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتـــين فـــي بيعـــه،ص٤٩٨-٤٩٩ ،والمقـــدمات الممهدات لابن رشد ـــ الجد- ج٢ ص٩٣ .

(٦) راجع: سبل السلام للصنعاني، كتاب البيوع،باب شروطه وما نهى عنه،ج٣ص٣١.

نوع واحد فقط أو جنس واحد كما قال القرافي[١]، وهذا الأمر ينطبق على كل ما يباع ما عدا الطعام ، فإنه لا يجوز للشخص أن يشترى على أن يختار صبرة من صبر أو شجرة من نخيل أو شجرة مثمرة اتفق الجنس أم اختلف ؛ لأن ذلك يدخله بيع الطعام بالطعـــام متفاضلاً[٢] .

وقد احتج المالكية لرأيهم بالقول إن الاختيار فى النوع الواحد جائز ؛ لأنـــه لابـــد للناس فى بيوعهم منه[٣]، أما الاختيار فى الأنواع المختلفة فهو من باب بيعتين فى بيعة ، وهذا منهي عنه وفقاً لحديث الرسول ﷺ الذى " نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ" [٤].

والسبب في ذلك عندهم أن عقد البيع يتناول مبيعين لا يـــتم البيـــع مـــع لزومـــه للمتعاقدين أو لأحدهما إلا في أحد المبيعين[٥]، وهذا بيع باطل؛ لأنه إبهام وتعليق،[٦] كما

(١) راجع : الذخيرة للقرافى ج٥ ص٣٣.

(٢) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٣٥

(٣) راجع : المرجع السابق ج٣ ص٢٣٥ .

(٤) رواه الترمذي في الجامع الكبير في كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة برقم١٢٣١ ،ج٢ ص٥١٣ ، وقال الترمذي :"حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح " ،والنسائي في ســـننه الكبـــرى ،كتاب البيوع ،باب النهي عن بيعتين في بيعة ،بـــرقم ٦٢٢٨ ،ج٤ ص٤٣ ،وأحمـــد فـــي مـــسنده ج٢ ص٤٣٢ ،منشورات المكتب الإسلامي ،بيروت ،١٣٩٨هـ/١٩٧٨م ، والبيهقي في سننه الكبرى ،كتاب البيوع ، باب النهي عن بيعتين في بيعه ،برقم ١٠٨٧٨ ،ج٥ ص٥٦١ ، والحاكم في المستدرك ، كتاب البيوع ،باب من أقال مسلما ....،ج٢ ص٤٥ ، وقال الحاكم:"صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي، والجميع من طريق أبي هريرة . وقد ذكر الألباني هذا الحديث في صحيح سنن النسائي ، وقال عنه : حسن صحيح ، وذكره كذلك في صحيح سنن الترمذي ، وقال عنه :صحيح .(راجع :صحيح سنن النسائي باختصار السند صحح أحاديثه محمد ناصر الألباني ج٣ ص٩٥٨ ، المكتب الإسلامي ، بيـــروت ،١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، وصـــحيح ســـنن الترمـــذي صـــححه الألبـــاني ج٢ ص٨ ، المكتـــب الإســـلامي ،بيروت،١٩٨٨م) والمقصود ببيعتين في بيعة هو أن يقول البائع: للمشتري أبيعك هذه السلعة بمائـــة درهم نقداً ، وبمائتين درهم نسيئه ، راجع :سنن النسائي ج٤ ص٤٣.

(٥) راجع : الموطأ لمالك، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتـــين فـــي بيعـــه،ص٤٩٨-٤٩٩ ،والمقـــدمات الممهدات لابن رشد ـــ الجد- ج٢ ص٩٣ .

(٦) راجع: سبل السلام للصنعاني، كتاب البيوع،باب شروطه وما نهى عنه،ج٣ص٣١.

قالوا إن اختلاف الأنواع فيه خطر وجهالة ، لأن من لا خيار له لا يعلم بالنوع الذي سيرد عليه الاختيار[١].

ويبدو مما تقدم أن اشتراط اتحاد النوع في الأشياء المخير فيها من شأنه أن يوقــع الناس في حرج وضيق ، ولاسيما في معاملاتهم التجارية ، وهي عصب الحياة ؛ فــالفرد قد يحتاج إلى أكثر من نوع ، وهذا أمر يؤيده الواقع المعاصر، وحاجة الناس ؛فــالملاحظ في الأسواق كثرة الأنواع، وتعددها في مجال المعــاملات التجاريـــة ، كمــا أن حصــر الاختيار في نوع واحد من شأنه أن يقلل مــن فــرص التوريــد والاســتيراد فــالمورد؛ كالمصرف الإسلامي مثلاً يهمه في الأساس أن يعدد الأنواع بهدف الترويج للتجــارة ، وعلى ذلك فإن تعدد أنواع الأشياء المخير فيها أمــر لا جهالـــة فيـــه، ولا غــرر، ولا مخاطرة[٢] ؛ لأن حاجة الناس تستدعي تعدد الأنواع ، وهذا ما نلحظه في الواقع المعيش حيث يعرض البائع مجموعة من السلع مختلفة الأنواع ويحدد سعراً معينا لكل واحدة ثــم يترك للمشتري الخيار ليختار ما يناسبه منها .

وقد اعترف المالكية أنهم أباحوا الخيار في النوع الواحد لحاجة الناس إلـــى ذلـــك ، وأحسب أن حاجتهم متحققة أيضاً في الأنواع المختلفة ؛ إذ لا خطر ولا جهالــة ، طالمــا وإن ثمن كل واحد من الأشياء المخير فيها معلوم ، والمدة معلومة ، وصــاحب الخيــار معلوم ، ولذا أميل إلى الرأي القائل بجواز العقد بخيار التعيين سواء أكانت الأشياء المخير فيها متحدة الأنواع أم مختلفة متى تم الاتفاق على ذلك برضا الطرفين، وهذا الأمر ينطبق على جميع صور خيار التعيين سواء أكان مجرداً عن خيار الشرط أم مقترناً به.

<u>سادساً : تحديد ثمن الأشياء المخير فيها :</u>

في العقد الذي فيه خيار التعيين يكون الاختيار عادة من بين أشياء عــدة ، وهــذه الأشياء قد تكون من نوع واحد ــ كما قال بذلك المالكية ــ وقد لا تكون من نوع واحد ــ كما قال بذلك الأحناف والزيدية ــ والمهم في الأمر تحديد ثمن محدد لكل واحد من هــذه الأشياء ، فإذا افترضنا أن هذه الأشياء من نوع واحد فهل من الضروري أن يكون ثمــن كل واحد منها مساوياً للآخر ــ أي متحدة الثمن ــ أم أنه يجوز اختلاف أثمانها؟ وإذا

---

(1) راجع : الذخيرة للقرافي ج٥ ص٣٢

(2) إلى هذا الرأي ذهب إبراهيم عبده علوان في بحثه خيار التعيين ص١٦٧ .

افترضنا أيضاً أن هذه الأشياء ليست من نوع واحد ، وإنما من أنواع عدة فهل من الضروري اتحاد اثمنها ؟

وقد اختلف الفقهاء المجيزون لخيار التعيين فى الإجابة عن هذين السؤالين حيث انقسمت آراؤهم على قولين :

<u>القول الأول</u> : للأحناف، والزيدية ، وهؤلاء قالوا سلفاً بجواز أن تكون الأشياء المخير فيها من أنواع عدة ، وتبعاً لذلك أجازوا أن يكون ثمن الأشياء التى يقع الاختيار من بينها متفقاً أو مختلفاً [١]، فالأحناف قد أشاروا إلى هذا الأمر صراحة ، من ذلك ما ذكره السرخسى[٢] عند معرض حديثه عن هلاك الشيئين المخير فيهما معاً ، حيث قال : " وإن هلكا فعليه (يقصد المشترى) نصف ثمن كل واحد منهما إن كان الثمن متفقاً أو مختلفا" ، وصرح الزيدية كذلك بجواز أن تكون الأشياء المخير فيهما متفقة أثمانهما أو مختلفة[٣] ، وقد ذهب إلى هذا الرأي بعض المالكية ؛ إذ أجازوا أن تكون الأشياء المخير فيها متفاضلة الثمن ؛ كأن يكون هذا الثوب بسبعة ، وهذا بخمسة[٤] .

<u>القول الثاني</u> : للمالكية في المعتمد عندهم ، وهم ــ كما تقدم ــ يشترطون أن تكون الأشياء المخير بينها من نوع واحد ، وعلى هذا الأساس فرأيهم هنا جاء منسجماً مع قولهم السابق ؛ إذ قالوا لابد من أن يتحد ثمن الأشياء التى يقع من بينها الاختيار ، وهذا الثمن ينبغى أن يكون موحداً لجميع هذه الأشياء ، فإذا تفاوتت أثمانها فلا يصح البيع بخيار التعيين ،لاسيما إذا كان خيار التعيين غير مقترن بخيار الشرط ، أي إذا كان الأمر متعلقاً بخيار التعيين وحده، أما إذا اقترن خيار الشرط بخيار التعيين فعندئذ يجوز البيع مع

---

(١) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٤٤ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣٢ .

(٢) المبسوط ج١٣ ص٥٦ .

(٣) راجع :التاج المذهب للعنسي الصنعانى ج٢ ص٣٩٤ .

(٤) وهذا الرأي للإمام عبد العزيز بن أبى سلمة المالكي راجع : الذخيرة للقرافى ج٥ ص٤٦ ، والمقدمات الممهدات لابن رشد ، الجد ج٢ ص٩٤

اختلاف أثمان الأشياء المخير فيها بسبب وجود خيار الشرط في العقد ، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري؛ لعدم تحقق الغرر (١) .

وقد سوغ المالكية قولهم هذا بأن اختلاف أثمان الأشياء المخير فيهـا سـيؤدى إلـى المخاطرة ؛ لأن إحدى السلعتين لابد من أن تكون أرخص من الأخرى ، فعنـدما يأخـذ المشترى السلعة الغالية فقد غبنه البائع ، وإن أخذ الرخيصة كان المشترى قد غبن البائع ، وهذا منهي عنه ؛ لأنه من بيعتين فى بيعة وهو كالسلعة الواحدة التـى باعهـا صـاحبها بثمنين مختلفين(٢) .

وخلاصة القول في هذا الشأن أن الأحناف، والزيدية قد قالوا بجواز البيـع مـع اختلاف أثمان الأشياء المخير فيها ، سواء أكانت من نوع واحد أم من أنـواع مختلفـة ، وسواء كان ذلك البيع بخيار التعيين وحده أم فيه خيار شرط وخيار تعيين ، وخالفهم فـى ذلك المالكية فى ظاهر المذهب فى مسألة خيار التعيين المجرد ، حيث يرون أنه لابد من تساوى ثمن الأشياء المخير فيها عند وجود خيار التعيين وحده.

وبالموازنة بين القولين يبدو أن ما ذهب إليه الأحناف والزيدية هو ما أميل إليه ، لرجحان قولهم ؛ ولأن حاجة الناس قد تكون ماسة إلى تعدد أثمان الأشياء المخير فيهـا ، فالفرد قد تكون أمامه مجموعة من الأنواع يختار منها ما يناسبه من حيث الثمن، وذلـك على حسب قدرته الشرائية.

والأشياء المخير فيها قد تكون من نوع واحد ، أو من أنواع متعددة ، فإذا كانـت من نوع واحد ، فقد تتحد أثمانها أو تختلف بسبب اختلاف الأشياء من حيث المواصفات، وهذا الأمر يعود لرضا الطرفين ؛ أما إذا اختلفت الأنواع فالتفاوت في الثمن وارد بسبب اختلاف الأنواع.

---

(١) راجع: المدونة الكبرى لمالك بن أنس الأصبحي ج٣ ص٢٢٤-٢٢٥، و الذخيرة للقرافى ج٥ ص٤٧

(٢) راجع : المدونة الكبرى لمالك ج٣ ص٢٢٥ ، والذخيرة للقرافى ج٥ ص٤٧ ، وجاء فيها : "ولو قال: هذا بعشرة ، وهذا بخمسة ، امتنع ، لأنه بيعتان فى بيعة إلا أن يكون على غير الإلزام بل بالخيار فيجوز لنفي التزام الغرر".

ومع ذلك فقد تتحد أثمان الأشياء المخير فيها حتى وإن كانت من أجناس مختلفــة متى قام البائع بذلك، وعلم أنها بالفعل تستحق هذا الثمن الموحد؛ لأن أعلى سعر لواحــد منها لا يصل إلا إلى هذا الثمن الذى طرحه البائع[١]، كما هو الحال في البيوع المنتــشرة في الحياة المعاصرة؛ كأن يكون لدى البائع مجموعة من السلع مختلفة الأجناس، ومع ذلك يضع سعراً موحداً لجميع هذه السلع .

وعلى ذلك يبدو أنه يجوز العقد بخيار التعيين مع اتفاق أو اختلاف أثمان الأشــياء المخير فيها ، سواء أكانت من نوع واحد أم من أنواع متعددة ، ولا غرر فى ذلــك ولا جهالة ، طالما أن صاحب الخيار معلوم ، وثمن السلعة معلوم، والمدة معلومة .

---

(١) راجع : الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ج٨ ص١٧٩.

المطلب الثاني
شروط خيار التعيين في القانون المدني اليمني

سيتم في هذا المطلب بيان الشروط اللازمة لصحة خيار التعيين في القانون المدني اليمنى، وذلك من خلال استعراض النصوص القانونية التي عالجت شروط هذا الخيــار، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

أولاً : ذكر شرط خيار التعيين فى صلب العقد:

أشار المشرع اليمنى إلى هذا الشرط فى المادة (٤٨٥) التى نصت فــى شــطرها الأول على أنه: "يصح بيع أحد شيئين أو أكثر وتعيين ثمن كل منهما علــى حــدة ، وأن يكون لأي من المشتري والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على أساسه... " .

و يتضح من نص هذه المادة أنه يجب ذكر شرط خيار التعيين فى صلب العقــد الذى يتفق عليه المتعاقدان ، ويصير هذا الشرط جزءاً من العقد أو بنداً من بنوده يجــب الالتزام به وتنفيذه ، وبهذا يكون المشرع اليمني قد سلك مسلك الفقهاء القائلين بجواز خيار التعيين ، ومع ذلك لم يشر المشرع إلى مسألة إلحاق خيار التعيين بعد العقد البات ، ويبدو أنه قد ترك هذه المسألة لرضا الطرفين ، فلامانع في القانون من أن يتفقا علــى إلحــاق الخيار بعد العقد مادام الرضا متحققا .

ثانياً : يجب تعدد الأشياء المخير فيها، وتفاوتها :

يعد تعدد الأشياء المخير فيها من الأمور البدهية ؛ لأن خيار التعيين لا يمكــن أن يوصف بهذا الوصف إلا إذا تعددت الأشياء التى يحق لصاحب الخيار أن يختار من بينها، وهذه مسألة اتفق عليها الفقهاء المجيزون لخيار التعيين ، وقد ســلك المــشرع اليمنــى مسلكهم؛ إذ ذكر شرط تعدد الأشياء المخير فيها فى المادتين (٢٧٠) و (٤٨٥).

حيث نصت المادة (٢٧٠) على أن "يكون محل العقد متعـدداً فـي الالتزامـات التخييرية"[١] .

ونصت المادة (٤٨٥) في شطرها الأول على أنه : "يصح بيع أحد شيئين أو أكثر وتعيين ثمن كل منهما على حدة "[٢].

وبناء على نص هاتين المادتين يجب أن تتعدد الأشياء المخير فيها ؛ إذ لابد لقيـام هذا الخيار من وجود شيئين أو أكثر يمكن أن يقع الخيار على واحد منها[٣] ، وعلى ذلـك لا يقوم خيار التعيين إذا لم يكن هناك إلا شيء واحد فهذا الشئ يتعين محلاً للعقد ، وعندئذ لا مجال للاختيار لعدم تحقق شرط التعدد ؛ أي أن شرط التعدد سمة أصيلة في الالتـزام التخييري ؛ إذ لا يتحقق معنى الالتزام التخييري إذا انحصر محله في شيء واحد فقط.

---

(١) يلاحظ أن عبارة "محل العقد متعدداً " الواردة في المادة ٢٧٠ من القانون المدني اليمني، تدل علـى أن للعقد محال متعددة ، وهذا يتنافى مع مضمون العقد المشتمل على خيار التعيين ؛ لأن الأشـياء المخيـر فيها لا تعد جميعها محلاً للعقد ، وإنما يتحدد محل العقد بعد الاختيار ، حيث يصير الشيء المختار محلاً للعقد ويتعين بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة ، أما قبل ذلك فلا مجال للحديث عن تعدد محل العقـد ، وهذه صياغة أطلقها المشرع اليمنى وهى غير دقيقة ، ويطلقها كذلك شراح القانون فيقولون "تعدد محل الالتزام" ، وصحيح أن جميع الأشياء المخير فيها صالحة لأن تكون محلاً للعقد، ولعل واضعوا القـانون المدني وشراحه يقصدون ذلك ، ولكن الأدق ما ذكره الفقهاء المسلمون فهم يقولون تعدد الأشياء المخير فيها، ويذكرون أن العقد يرد على واحد لا بعينه من الأشياء المخير فيها، ولا يقولـون تعـدد محـل العقد.راجع على سبيل المثال : الوسيط فى شرح القانون المدنى للـدكتور/ الـسنهوري ج٣ ص١٢٣ ،وجاء فيه : "يجب أن يكون محل الالتزام متعدداً ".

(٢) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني إلى أنه ينبغي أن تتعدد الأشياء المخير فيها؛ إذ يجوز أن تكون ثلاثة أو أكثر من ذلك (راجع الكتاب الثالث ص٢٤٠).

(٣) راجع : النظرية العامة للالتزامات للدكتور/ عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ص٢٥٨ ، الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكـيم ، مرجـع سـابق ج٢ ص٢٢٣، ودروس فى نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص٣٣١ ، وموســوعة العقـود المدنية والتجارية للدكتور/ إلياس ناصيف ، مرجع سابق ج٩ ص٣٠٩ ، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/حسام الدين كامل الأهواني ج٢ ص٢٤٣ ، والنظرية العامة للالتزامات في أحكام الالتزام للدكتور/توفيق حسن فرج ج٢ ص١١٨ ، ونظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور أحمد شـرف الـدين مرجع سابق ج٢ ص٢٥١ ، والوافي في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور سليمان مـرقس ص٥٥٦

على أنه يفترض أن تكون الأشياء المخير فيها على نحو يحقق مكنة الاختيار، أي أن تكون مستوفية جميع الشروط التي استلزم القانون توافرها في محل العقد ، ومنهـــا أن يكون المحل قابلا لأحكام العقد شرعاً ، وأن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقـــد ، وأن يكون معلوما ، ومقدوراً على تسليمه أو القيام به[1] ؛ فإذا ورد الخيار على شيئين ، وكان أحدهما غير مستوف للشروط ، أو غير مشروع أو غير ممكن ، فهنا لا يتحقـــق تعـــدد الأشياء المخير فيها ، والعبرة في توافر الشروط المتقدمة إنما تكون عند إبرام العقد ، فإذا كانت الأشياء المخير فيها مستوفية الشروط عند إبرام العقد نشأ خيار التعيين حتى ولـــو تخلفت بعد ذلك .

وعلى العكس من ذلك إذا لم تتوافر هذه الشروط إلا في أحد الأشياء فقـــط، ثـــم توافرت في بقية الأشياء بعد إبرام العقد ، فلا يتحقق معنى التعدد ؛ فإذا كان أحد الشيئين المخير فيهما خارج التعامل عند إبرام العقد ثم أصبح قابلا للتعامل بعد ذلـــك ، أو كـــان العمل ممنوعاً ثم رفع المنع بعد إبرام العقد فشرط التعدد لا يتحقق ، والعقد يكون في ذلك بسيطا غير موصوف أي لا ينطبق عليه وصف الالتزام التخييري كما ذكر شراح القانون، على أنه يجب في الأشياء المخير فيها أن تكون متفاوتة حتى يتحقق معنى الاختيار؛ كأن تكون قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ، أو مثلية من جنس واحد[2]إذا وجد التفاوت المعتد به .

---

(١) ذكر المشرع اليمني الشروط التي يجب توافرها في محل العقد ؛ إذ نصت المادة (١٨٥) على أنه: يشترط في محل العقد ما يأتي :

(١) أن يكون قابلاً لأحكام العقد شرعاً .

(٢) أن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقد إلا المسلم فيه أو ما في الذمة

(٣) أن يكون معلوماً

(٤) أن يكون مقدوراً على تسليمه أو القيام به .. وقد ذكر في المادة (١٨٤) أن المعقود عليه قد يكـــون مالاً أو منفعة أو ديناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ".

(٢) راجع : الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ، مرجـــع ســـابق ج٢ص٢٢٤-٢٢٥ ، ونظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ج٢ ص١٣٣ ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ منـــذر الفـــضل ، مرجـــع ســـابق ص١٧٧ـــ١٧٨ .

ثالثاً : تحديد مدة خيار التعيين ومقدارها:

اشترط المشرع اليمنى أن تكون لخيار التعيين مدة معلومة ، وقد سلك فـــى ذلــك مسلك غالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار الذين قالوا بضرورة تحديد مدة معلومة لخيـــار التعيين ، وهذا ما ذكرته المادة (٤٨٥)؛ إذ نصت في شطرها الأخير علـــى أن : "يكــون لأي من المشترى والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على أساسه فـــى مـــدة يجـــب تحديدها بالاتفاق". [١]

وعبارة "**في مدة يجب تحديدها بالاتفاق**" تدل صراحة على أن المشرع اليمنى لم يحدد مقداراً معيناً لمدة خيار التعيين ، وإنما ترك أمر تحديد مقدارها للمتعاقـــدين فهمـــا أحرار فى تحديد ما يروق لهما من مدة ، بناء على حاجتهما ورغبتهما ، وهو بذلك قـــد أخذ صراحة برأي غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وهم الصاحبان من الأحنـــاف والمالكية والزيدية والإباضية ، ولم يأخذ برأي أبى حنيفة الذى جعل الحد الأعلـــى لمـــدة الخيار ثلاثة أيام ، وقد تم ترجيح رأى الغالبية ــ من غير أبى حنيفة ــ .

ومسلك المشرع هنا يتفق مع الرأي الذي ظهر رجحانه كما تقدم ، وعلـــى هـــذا الأساس يحق للعاقدين أن يتفقا على جعل المدة ثلاثة أيام أو عشرة أو غير ذلك ، مـــا دام أن المشرع اليمنى قد ترك لهم حرية تحديد المدة .

ومع ذلك يلاحظ أن المشرع اليمني لم يذكر مدة خيار التعيين فى المـــواد التـــى نظمت مسألة الالتزام التخييرى وهى المواد من (٢٧٠-٢٧٤) بل سكت عن ذلك ، مقتفياً أثر بعض القوانين العربية [٢] التى لم تذكر مدة الخيار فى الالتزام التخييرى.

---

(١) وقد كان هذا هو موقف القانون المدنى اليمنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ ، فى المـــادة (٤٩٢) التـــى نصت على أنه :"يجب أن يكون لخيار التعيين مدة معلومة يجب تحديدها بالاتفاق "

(٢) لم يذكر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، مدة معينة للخيار فى المواد المتعلقة بالالتزام التخييرى (٢٧٥-٢٧٧) .

ويلاحظ أن شراح القانون [١] لم يذكروا المدة بوصفها شرطاً من الشروط اللازمة لصحة الالتزام التخييرى ، بل تركوا الأمر لاتفاق المتعاقدين ، فلهما تحديد المدة أو عدم تحديدها ، وقالوا إذا اتفق المتعاقدان على مدة للخيار فيجب أن يتم الخيار فى خلال هذه المدة ، أما إذا سكتا ولم يحددا مدة للخيار فعندها يكون من حق من لا خيار له اللجوء إلى القاضى ليحدد مدة معينة للاختيار، فإذا كان الخيار للمدين يكون من حق الدائن إذا لم يقم المدين بالاختيار فى وقت معقول أن يلجأ إلى القاضى ليحدد أجلاً للمدين يختار فيه ، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ، ولم يختر المدين تولى القاضى الاختيار بنفسه ، كذلك الحال إذا كان الخيار للدائن، ولم يختر جاز للمدين اللجوء إلى القاضى ليعين أجلاً يختار فيه الدائن[٢] .

وبالموازنة بين موقف القانون المدني اليمني ، والفقه الإسلامى يلاحظ أن ما ورد فى المواد (٢٧٠-٢٧٤) لا يتفق مع رأى غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين الذين قالوا بضرورة أن تكون لخيار التعيين مدة معينة منعاً للجهالة ، ولكنه يتفق مع رأى بعض الأحناف الذين أجازوا خيار التعيين دون تحديد مدة معينة ، وهذا قول مرجوح كما ظهر سلفاً ؛ لأن خيار التعيين لا يحقق الفوائد المرجوة منه إلا إذا كانت له مدة معينة يندفع بها الضرر عن الشخص الذى لا خيار له ، وهى تمنع كذلك الجهالة المفضية إلى النزاع ، وأكبر دليل على ذلك أن شراح القانون سمحوا للشخص الذى لا خيار له أن يلجأ إلى القضاء لتحديد المدة عند عدم الاتفاق عليها ، وهذا فى حد ذاته مدعاة إلى ضرورة التمسك بشرط تحديد المدة فى العقد بخيار التعيين.

أما ما ورد في المادة (٤٨٥) فهو يتفق مع رأى غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين القائلين بضرورة تحديد مدة معلومة لخيار التعيين .

---

(١) راجع : أحكام الالتزام للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ج٢ ص٢٢٦-٢٢٧ ، والالتزام التخييرى للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري ، مرجع سابق ص٤٠-٤١ ، ودروس فى أحكام الالتزام للدكتور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله ، مرجع سابق ص٢٢٤ ، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ جميل الشرقاوى ص٢١٠، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

(٢) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهورى ، مرجع سابق ج٣ ص١٣٩-١٤٠.

وبذلك يظهر أن المشرع اليمني قد سلك مسلك الفقهاء فيما يخص المادة (٤٨٥)؛ إذ ذكر فيها أنه لابد أن يكون للخيار مدة معلومة برضا الطرفين ،أما في المواد (٢٧٠-٢٧٤) المتعلقة بالالتزام التخييري فلم يشترط مدة محددة للالتزام التخييري ؛وبذلك يتضح مدى الفرق بين خيار التعيين والالتزام التخييري ، فالأول صناعة فقهيـة إسـلامية لهـا طبيعتها التي تمتاز بالدقة والوضوح ، أما الأخير فهو صناعة قانونية يعتورها القـصور وأبرز دليل على ذلك عدم النص على مدة محددة في الالتزام التخييري.

رابعاً : تحديد الحد الأعلى لعدد الأشياء المخير فيها :

أشار المشرع اليمنى إلى مسألة الحد الأعلى لعدد الأشياء المخير فيها حيـث ورد ذلك فى المادتين (٢٧١) ، (٤٨٥) فالمادة (٤٨٥) نصت فى شطرها الأول علـى أنـه : "يصح بيع أحد شيئين أو أكثر ...الخ" ، ونصت المادة (٢٧١) ، فى شطرها الأول علـى أن "العقد يكون تخييراً إذا أضيف محله إلى أشياء متعددة على جهة التخيير...الخ".

و من هذين النصين يتضح بجلاء أن المشرع اليمنى لم يحدد الحد الأعلـى لعـدد الأشياء المخير فيها ، بل أجاز أن تكون ثلاثة أو أكثر ؛ كأن تكون الأشياء المخير فيهـا ثلاثة أو أربعة أو أكثر من ذلك ، أو أقل شريطة ألا تقل عن شيئين[1] .

وبذلك يتضح أن المشرع اليمنى قد أخذ برأى غالبيـة الفقهـاء المجيـزين لخيـار التعيين، وهم المالكية والزيدية وبعض الإباضية ، وهؤلاء قالوا بجواز أن تزيد الأشـياء المخير فيها على ثلاثة ، ولم يأخذ برأى الأحناف الذين حصروا الأشياء المخير فيها فـى ثلاثة .

ويبدو أن ما فعله المشرع اليمنى هو الصواب ؛ لأن حصر الأشياء المخير فيها فـى ثلاثة لا يتناسب مع حاجة الناس فى عصرنا هذا ، كما أن شراح القانون لـم يحـصروا الأشياء المخير فيها فى ثلاثة، بل أجازوا تعددها دون أن يحددوا الحد الأعلى لها[2] .

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني ،الكتاب الثالث ص٢٤٠ .

(٢) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ، مرجـع سـابق ج٣ ص١٣٨-١٣٩ ، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ جميل الـشرقاوى ، مرجـع سـابق ج٢ص٢٠٩ ، والنظرية العامة للالتزامات للدكتور حسن على الذنوب ، مرجع سـابق ص٤٠٢ ، والنظريـة العامـة للالتزامات(أحكام الالتزام) للدكتور/ إسماعيل غانم ص٣٠٧ ، مكتبة وهبة ، القاهرة ،١٩٦٧م ، والموجز

خامساً : تحديد الحد الأعلى لعدد الأشياء المختارة

تناول المشرع اليمنى هذا الشرط فى المادتين (٢٧١) و(٤٨٥) حيث نصت المادة (٢٧١) فى شطرها الأول على أن : "يكون العقد تخييراً إذا أضيف محله إلى أشياء متعددة على جهة التخيير فتبرأ ذمة الملتزم إذا اختير واحد منها...".

ونصت المادة (٤٨٥) فى شطرها الثانى على أن : "... يكون لأي من المـشترى والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على أساسه ...".

و يتضح من هذين النصين أن المشرع اليمنى قد حدد الحد الأعلى لعدد الأشـياء المختارة وهو واحد ،أي التي يحق لصاحب الخيار أن يختارها ، وعلى ذلك يحق لصاحب خيار التعيين أن يختار واحداً فقط من الأشياء المخير فيها ، ولا يجوز له أن يختار أكثـر من ذلك، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني عن هذا الأمر حيث جاء فيها: " البيع الذي يجري على أشياء متعددة يتعين في واحد منها " [١]

والواضح أن المشرع اليمنى فى هذه المسألة قد أخذ برأي الأحناف، ولـم يكـن مسلكه صائباً ؛ لأن الشخص قد يحتاج إلى أكثر من واحد ، فالواحد قد لا يحقـق حاجـة الشخص ، كما أن غالبية الفقهاء المجيزين لخيار التعيين قد قالوا إنـه يجـوز لـصاحب الخيار أن يختار أكثر من واحد ، وكان الأولى بالمشرع اليمنى أن يسلك مسلكهم لرجحان رأيهم، ومسايرته لواقع الناس .

ويلاحظ أن موقف شراح القانون يتفق مع ما قرره المشرع اليمني ، فهم يرون أن من حق صاحب الخيار أن يختار واحداً فقط من بين الأشياء المخير فيها ، وليس له أن يختار أكثر من ذلك ، كما لا يجوز له أن يختار جزءاً من هذا المحل وجزءاً من محل آخر ؛ لأن هذا في نظرهم تلفيق تأباه طبيعة الالتزام التخييرى[٢]؛ إذ لا يجوز للبائع إن كان الخيار له أن

= في النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ، مرجـع سـابق ج٢ ص٢٢١ . والنظريـة العامـة للالتزامات في أحكام الالتزام للدكتور/توفيق حسن فرج ج٢ ص١١٨ .

(١) راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني ، الكتاب الثالث ص٢٤٠

(٢) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٣٧ ، والتعليـق على نصوص القانون المدني المعدل لأنـور العمروسـي ص٨٥٠ ، دون دار نـشر، القـاهرة ، ط١،

يلزم المشتري بقبول جزء من كل من الشيئين المخير فيهما ، وليس للمـــشتري إن كـــان الخيار له أن يختار جزءاً من محل ، وجزءاً من محل آخر ؛ لأن الخيار ينبغي أن يقـــع على واحد من الأشياء المخير فيها بأكمله[١].

وعلى ذلك فقد حصروا الأشياء المختارة فى محل واحـــد ، وقـــد تـــواردت أقوالهم على هذا المنوال ، ولا يوجد لهم تعليل سائغ لهذا الحصر، ويبدو أن هذا الحـــصر محل نظر للأسباب التي تقدم ذكرها .

سادساً : وجوب اقتران خيار التعيين بخيار الشرط :

تبين فيما سبق أن الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، قد أجازوا جميعهم اقتران خيار الشرط بخيار التعيين ، ولكنهم اختلفوا في مسألة وجوب الاقتران بين الخيارين ، فهنـــاك من قال إنه من الضروري اقتران الخيارين ببعضهما ، ولا يصح البيع إذا لم يقترن خيار التعيين بخيار الشرط ، وهذا الرأي لبعض الفقهاء ، أما الأكثر ون فلم يذهبوا إلى ذلك ، بل أجازوا اقتران الخيارين ، ولم يوجبوه حتى يصح البيع.

أما المشرع اليمنى فلم يتناول هذه المسألة فى ثنايا القانون المدنى اليمنى النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م [٢]، وكان الأوفق ، والأصوب تناول مثل هذا الأمر ، وإجازتـــه بنـــاءً على الرأى الراجح لغالبية الفقهاء ، لما له من أهمية كبيرة عند كثير من النـــاس ، وأمـــا شراح القانون المدنى فقد تحدثوا عن الالتزام التخييرى المجرد الـــذى لا يـــرتبط بخيـــار الشرط ، ولم يتحدثوا عن الاقتران بين الالتزام التخييرى وخيار الشرط ، وعلـــى ذلـــك يظهر أن مسألة الارتباط بين الخيارين لا توجد إلا عند فقهاء المسلمين المجيزين لخيـــار التعيين ،وهذا يدل على تميز الفقه الإسلامي عن كل القوانين الوضعية ؛ حيث إن أحكامه

= ١٩٩٣م ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ جميـل الـشرقاوى ، مرجـع سـابق ص٢٠٩ وأصول الالتزامات فى القانون المدنى للدكتور/ مختار القاضى ، مرجـع سـابق ص٢٠٢ ، وأحكام الالتزام للدكتور/ محمود عبد الرحمن محمد ، مرجع سابق ج٢ ص٤٠٨ ، والنظريـة العامـة للالتزامات في أحكام الالتزام للدكتور/توفيق حسن فرج ج٢ ص١١٧ .

(١) راجع : النظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) للدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، مرجـع سـابق ج ص٢٤٦

(٢) ولم يتناولها المشرع كذلك في القانون المدني الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م .

تتميز بالشمول، والدقة، والوضوح، ومع ذلك يبدو أنه يجوز لطرفي العقد الاتفاق علـــى اقتران خيار التعيين بخيار الشرط ؛ لأن هذا الأمر لا يتعلق بالنظام العام ؛ إذ لم يمنعـــه المشرع اليمني بنص آمر، ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على اقتران خيار الشرط بخيار التعيين على النحو الذي سلف.

سابعاً : تحديد نوعية الأشياء التى يتم التخيير فيها :

لم يذكر المشرع اليمني نوعية الأشياء التى يحق لصاحب الخيار أن يختار من بينها، ولكنه نص صراحة على تعدد الأشياء دون أن يبين إن كانت هذه الأشياء من نوع واحـــد أم من أنواع مختلفة .

ولكن يبدو أنه يجوز لصاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من بين الأشياء المخيـــر فيها ، سواء أكانت من نوع واحد أم من أنواع مختلفة؛ لأن القانون المدني اليمني لم يمنع ذلك صراحة، ومن ثم فالأصل في الأشياء الإباحة ؛ لأن هذا الأمر لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز للطرفين تحديد نوعية الأشياء المخير فيها، ولا تثريب عليهما في ذلك ؛ إذ يجوز للبائع مثلاً أن يقول للمشترى هذه السيارة ثمنها كذا ، والناقة بكذا ، والبقرة بكـــذا، وقد بعتك واحدة منها على أن لك الخيار فى أن تختار التي تناسبك منها في مـــدة كـــذا ، وترد الباقي ؛ فالمشترى هنا بالخيار وله أن يأخذ ما يناسبه من الأشياء المخيـــر فيهـــا ، والحال كذلك بالنسبة للبائع إن كان الخيار له ، ويدل هذا المثال على أن الأشياء المخيـــر فيها ليست من جنس واحد.

وقد أجاز شراح القانون[1] أن تكون الأشياء المخير فيها من جنس واحـــد أو مـــن أجناس مختلفة ، حيث ذكروا أنه يحق لصاحب الخيار (المدين أو الدائن) أن يختار واحداً

---

(١) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٣٩ والنظريـــات العامة للالتزامات للدكتور/ حسن على الذنوب ، مرجع سابق ص٤٠١ والنظرية العامـــة للالتزامـــات للدكتور/ محمود عبد الرحمن محمد ، مرجع سابق ص٤٠٨ والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتـــزام) للدكتور/جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ص٢٠٩ والموجز فى شرح القانون المدنى (أحكام الالتـــزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ج٢ ص٢٢٣ وأصول الالتزام للدكتور/ مختار القاضـــى ، مرجع سابق ص٢٠٢ ، والنظرية العامة للالتزامات(أحكام الالتزام) للدكتور/ إسماعيل غـــانم ، مرجـــع سابق ص٣٠٧ ، والموجز في النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ، مرجع سابق ج٢ ص٢٢٣

من الأشياء المخير فيها سواء أكانت من جنس واحد أم أجناس مختلفـة ، ولايهـم نـوع الأشياء المخير فيها ؛ فيصح عندهم أن تكون منقولا أو عقارا أو عملا أو مبلغا من النقود.

وبذلك يتضح أن رأى المشرع اليمنى، وشراح القانون يتفق مع ما قرره الأحناف والزيدية ، وهو الرأى الذي ظهر رجحانه سلفاً ، وقد تم ذكر أهميته في مجال المعاملات التجارية فى عصرنا الحالي.

ثامناً :يجب تحديد ثمن الأشياء المخير فيها :

اشترط المشرع اليمنى أن يتم تعيين ثمن لكل واحد من الأشياء المخير فيها علـى حده ، حيث نصت المادة (٤٨٥) فى شطرها الأول على أنه : "يصح بيع شيئين أو أكثـر **وتعيين ثمن كل منهما على حده** ".

ويتضح من هذا النص أن المشرع اليمنى قد ألزم البائع بتعيين ثمن محـدد لكـل واحد من الأشياء المخير فيها ؛ إذ لا يجوز وفقا لهذه المادة البيع بخيار التعيين دون تحديد ثمن معين لكل واحد من الأشياء المخير فيها ، كما يلاحظ أن المشرع قد أجاز اخـتلاف أثمان الأشياء المخير فيها ، وهذا الأمر متروك للبائع فله أن يوحد أثمان الأشياء المخيـر فيها أو يجعل لكل واحد منها ثمناً خاصاً به ؛ فلو باع أحدهم مجموعة من الأشياء فله أن يجعل لكل واحد منها ثمناً معيناً ، وله كذلك أن يجعل الثمن موحداً لجميع هـذه الأشـياء لكونه يعلم أن أعلى سعر لواحد منها لا يصل إلا إلى هذا الثمن كما سبق القول.

وبذلك يظهر جلياً أن المشرع اليمنى فى هذه المادة قد أخذ برأى غالبيـة الفقهـاء المجيزين لخيار التعيين (الأحناف والزيدية وبعض الإباضية) الذين أجازوا تفاوت أثمان الأشياء المخير فيها ، وقد كان مسلكه صائباً فى هذه المسألة ؛ لأنه انحاز إلى رأى غالبية المجيزين ، وهذا الرأي هو الذي ظهر رجحانه سلفاً.

ومع ذلك لم أجد في المواد المتعلقة بالالتزام التخييـرى (٢٧٠-٢٧٤) أي ذكـر لتحديد ثمن الأشياء المخير فيها ، غير أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى اليمنى قـد ذكرت أنه يجوز أن تتحد أثمان الأشياء المخير فيها فى الالتزام التخييرى إن كانت مـن

نوع واحد[١] ، ولكن ما ورد في المذكرة يظهر أنه على سبيل التميثل لا الحصر، وعلى ذلك يبدو أنه يجوز للبائع أن يحدد أثمان مختلفة للأشياء المخير فيها ؛ لأن هذا الأمر لا يعد من النظام العام ، وهو يخضع لإرادة البائع على حسب طبيعة الأشياء المخير فيها من حيث مواصفاتها ؛كالجودة والرداءة، ونحو ذلك.

وقد أجاز شراح القانون [٢] اتحاد ثمن الأشياء المخير فيها أو اختلافه ، ورأيهم هذا يتفق مع ما قرره غالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار.

تاسعاً: موازنة بين موقف القانون المدني اليمني وآراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين:

بالموازنة بين موقف القانون المدني اليمني، وبين ما قرره الفقهاء يتضح أن موقف القانون اليمني لا يختلف كثيراً عما قرره الفقهاء المجيزون لخيار التعيين ، وإن كان القانون المدني قد سكت عن تنظيم بعض شروط خيار التعيين المهمة ، وأخذ بعضها عن الرأي غير الراجح (المرجوح) دون أن يبذل جهدًا كافياً لتمحيص الآراء ، والأخذ بما فيه توسعة على الناس ؛ لأن الأمر فيه سعة ، وما وسعته الشريعة لا ينبغي أن نضيقه ، وليس من الصواب أن نترك التوسعة ، ونعمد إلى التضييق على الناس من غير دليل ، وعلى ذلك ينبغي أن تكون نصوص القانون المدني اليمني مواكبة للحياة المعاصرة في ضوء الآراء الفقهية التي تتميز بالمرونة واليسر، وينبغي على المشرع أن ينظم كل شروط هذا الخيار، ولا يكتفي بتنظيم بعضها فقط .

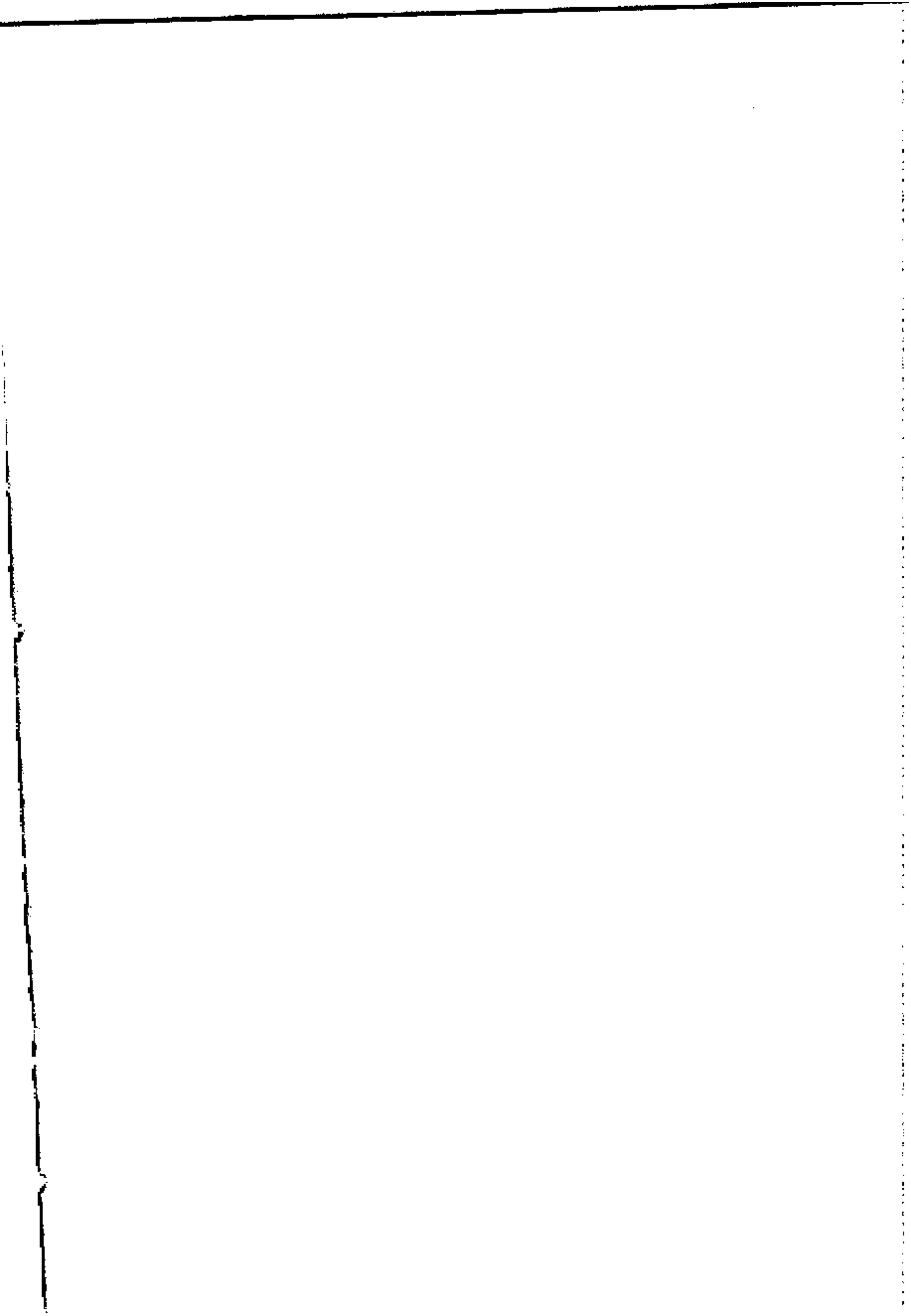
---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون اليمنى ، الكتاب الثاني ص١٠٥ . وجاء فيها: "إذا أراد رجل أن يشتري حقيبة فيقول له البائع بعتك إحدى هذه العشرة بمائتين على أن تختار منها أيها شئت فيقول المشتري قبلت فلا يستقر العقد إلا باختيار واحدة منها"

(٢) راجع : النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ جميل الشرقاوى ، مرجع سابق ص٢٠٩ ، والموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ص٢٢ ، والنظرية العامة للالتزامات للدكتور/ حسن على الذنوب ، مرجع سابق ص٤٠١ ، ونظرية الالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكى ، مرجع سابق ص١٣٣ ، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ منذر الفضل ، مرجع سابق ص١٧٧

الفصل الثالث

آثار خيار التعيين ومسقطاته وتطبيقاته المعاصرة



الفصل الثالث
آثار خيار التعيين ومسقطاته وتطبيقاته المعاصرة

تمهيد وتقسيم :

إذا اكتملت الشروط اللازمة لصحة خيار التعيين نشأ هذا الخيار ، وظهرت آثاره في العقد خلال المدة المحددة له ، وبعدها فمضيره السقوط سواء بانتهاء المدة أو بواحـــد من الأمور التي يسقط بسببها ، وقد خصص هذا الفصل لبحـــث آثـــار خيـــار التعيـــين، ومسقطاته، مع بيان تطبيقاته المعاصرة في معاملات المصارف الإســـلامية ، وتفـــصيلاً لذلك تم توزيع هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : آثار خيار التعيين

المبحث الثانى : مسقطات خيار التعيين

المبحث الثالث : التطبيقات المعاصرة لخيار التعيـــين فـــي معـــاملات المـــصارف الإسلامية .

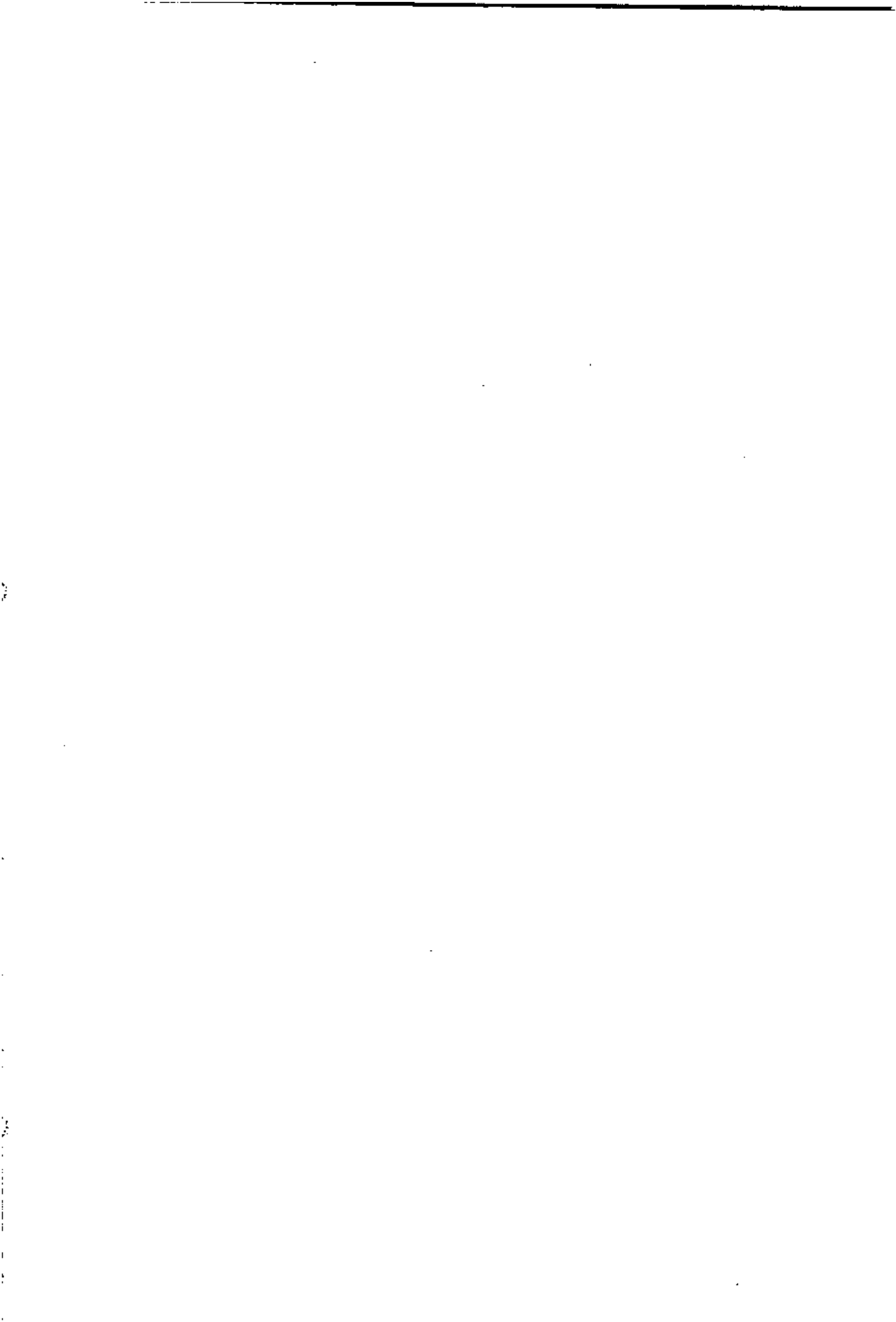


المبحث الأول
آثار خيار التعـــيين

يدرس هذا المبحث آثار خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين لهذا الخيــار ، وفـــي القانون المدني اليمني، وذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : آثـــار خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين له

المطلب الثاني : آثـــار خيار التعيين في القانون المدني اليمني



المطلب الأول
آثار خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين له

هناك مجموعة من الآثار التي تنشأ عند دخول خيار التعيين في العقود ، وهذه الآثار شرحها الفقهاء المجيزون لهذا الخيار ، وقد خصص هذا المطلب لدراسة هذه الآثار في أربعة فروع على النحو الآتي :

الفرع الأول
أثر خيار التعيين فى صفة العقد

لا أستطيع أن أبين الأثر الذي يحدثه خيار التعيين فى صفة العقد إلا إذا ميزت بين خيار التعيين المجرد ، وخيار التعيين المقترن بخيار الشرط ؛ فالعقد قد يكون فيه خيار تعيين فقط ، وقد يكون فيه خيار تعيين وخيار شرط معاً ، فعلى سبيل المثال إذا قال البائع للمشترى بعتك أحد هذين الثوبين على أن لك الخيار فى أن تختار ما يناسبك منهما ، وترد الآخر خلال مدة كذا فعند قبول المشترى بذلك يكون له خيار التعيين فقط .

وبموجب هذا الخيار يثبت الملك فى واحد غير معين من الثوبين[1] ، أما الآخر فهو أمانة فى يد المشترى ، ويجب عليه أن يرده لمالكه ، ولا يحق له أخذهما جميعاً[2] ؛ لأن البيع قد انصب على واحد منهما فقط .

أما إذا قال البائع للمشترى بعتك أحد هذين الثوبين على أن لك الخيار فى أن تختار ما يناسبك منهما ، ثم أنت فيما تختاره بالخيار فى الأخذ والرد خلال مدة كذا ، فهنا اقترن خيار التعيين بخيار الشرط ، وعلى ذلك يحق للمشترى ، وهو صاحب الخيار هنا أن يأخذ أحد الثوبين ،ويرد الآخر، أو يرد الثوبين معاً خلال المدة المضروبة للخيار.

---

(١) اخترت التمثيل بالثوبين ليسهل فهم المقصود ، ومع ذلك يجوز ــ كما تقدم سلفاً ــ أن تكون الأشياء المخير فيها أكثر من ذلك ، وكذلك الأشياء المختارة .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧١ .

وبناءً على هذا المثال أستطيع أن أبين طبيعة العقد الذى يقترن به خيار التعيين فى صورتيه ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : العقد لازم فى عدد من الأشياء المخير فيها :

ويعنى ذلك أنه ليس لخيار التعيين أي أثر في صفة العقد ، فالعقد لازم فى واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها منذ إبرامه وهذا يكون عند وجود خيار التعيين وحده ؛ ففي المثال السابق ينحصر دور المشترى فى اختيار ما يناسبه من الثوبين ، ولا يحـــق لـــه رفض الاختيار فإذا قبض الثوبين كان أحدهما مبيعاً ، والآخر أمانة [١]، وبعد أن يختـــار المشترى ما يناسبه منهما يعد مالكاً له من حين التعاقد لا من وقت الاختيار .

وبذلك فإن خيار التعيين العاري عن خيار الشرط، لا أثر له على لزوم العقد ؛ لأن هذا الخيار يمنح صاحبه حق الاختيار فقط ، ولا يعمل على تعليق حكم العقد ، حيـــث إن العقد لازم في واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها ، وهذا الأمر متعارف عند الفقهـــاء المجيزين لخيار التعيين[٢].

ثانياً : العقد غير لازم فى كل الأشياء المخير فيها :

وعدم لزوم العقد هنا بسبب اقتران خيار التعيين بخيار الشرط ؛ ففي المثال السابق من حق المشترى أن يرد الثوبين معاً ، لكون العقد غير لازم فى حقه ؛ لأن خيار الشرط ــ كما هو معلوم ــ يمنع لزوم العقد ، حيث يعمل على تعليق حكم العقد في حق من لـــه الخيار خلال المدة المحددة للخيار.

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧١ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠.

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧١، و شرح الزرقانى على مختصر خليل لعبد الباقى الزرقانى ج٥ ص١٢٥ ، والتاج المذهب للعنسي ج٢ ص٤٠٩.

وفى هذه الصورة يظهر أثر خيار التعيين المقترن بخيار الشرط فى العقد ؛ إذ يعمل خيار التعيين المقترن بخيار الشرط على تعطيل لزوم العقد في حق صاحب الخيار سواء أكان الخيار للمشترى أم للبائع[1].

---

(1) راجع: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٧١، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٢

الفرع الثاني
أثر خيار التعيين فى ملكية المبيع وزوائده

أولاً : أثر خيار التعيين في ملكية المبيع :

تبين فيما مضى أن العقد المشتمل على خيار التعيين قد يكون لازماً عند وجـــود خيار التعيين وحده ، وقد يكون غير لازم عند اقتران الخيارين ببعض ، وعلى ذلك فـــإن مسألة انتقال الملك لا إشكال حولها إذا كان العقد لازماً في عدد من الأشياء المخير فيهـــا ،وخاصة في خيار التعيين المجرد ؛ فالمشترى إذا كان صاحب الخيار ــ مثلاً ــ واختار واحداً من الأشياء المخير فيها ؛ فالملك يكون له من وقت التعاقد لا من وقـــت الاختيـــار بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشترى منذ إبرام العقد ، وكلام الفقهاء المجيزين لهـــذا الخيار يدل على ذلك حيث لم يختلفوا في هذه المسألة[1]

أما إذا كان العقد غير لازم بسبب اقتران خيار الشرط بخيار التعيين ؛ ففي هـــذه المسألة لم أجد رأياً واضحاً للفقهاء المجيزين لهذا الخيار حول انتقال الملك عند اقتـــران الخيارين ببعض ، ولكن عولت على آرائهم التى وردت بمناسبة الحديث عن أثر خيـــار الشرط في انتقال الملك ، وعلى ذلك سيتم عرض رأى المجيزين دون غيرهم من المذاهب التى لا تجيز خيار التعيين ، وفى هذا الصدد تبين أن للمجيزين ثلاثة أقوال سيتم ذكرهـــا على النحو الآتي :

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧١ ، وقد ذكر أن الملك يثبت للمشتري صاحب الخيار فـــي أحد الشيئين المخير فيهما حيث قال : " فحكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين " وقال في موضع آخر: "إذا قال البائع : بعت منك أحد هذين الثـــوبين أو الـــدابتين أو غيرهمـــا مـــن الأشـــياء المتفاوتة، على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشترى فهذا يوجب ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما وثبوت خيار التعيين له . والآخر يكون ملكاً للبائع أمانة في يد المشترى إذا قبضه؛ لأن قبضه بإذن المالـــك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت، فكان أمانة، وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً؛ لأن المبيع في أحدهما " .راجع كذلك : شرح الزرقانى على مختصر خليل لعبد الباقى الزرقانى ج٥ ص١٢٥ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٠ . والتاج المذهب للعنسي ج٢ ص٤٠٩

القول الأول : للأحناف، وهم يرون أن مال صاحب الخيار لا يخرج عن ملكه بل يظل مالكاً له ، أما من لا خيار له فملكه يرتفع عن ماله ، وإذا ارتفع ملكه عن ماله فهل يدخل فى ملك الآخر صاحب الخيار؟

فى هذه المسألة خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه ، فهو يرى أنه لا يدخل فى ملك العاقد الآخر (صاحب الخيار) ؛ لأنه لو دخل فى ملكه ، سيؤدى ذلك إلى اجتماع البدلين (الثمن والمبيع) فى ملك شخص واحد ، وهذا غير جائز فى الشرع.

أما الصاحبان فقالا : إنه يدخل فى ملك العاقد الذى له الخيار ؛ لأن المبيع إذا خرج عن ملك البائع، ولم يدخل فى ملك المتعاقد الآخر صار كالسآئبة التي لا مالك لها.[1]

القول الثانى : للمالكية فى الراجح عندهم ، وهم يرون أن المبيع يظل على ملك البائع فى زمن الخيار سواء أكان الخيار له أم للمشترى[2] .

القول الثالث : للزيدية ويرون أن المشترى إذا انفرد بالخيار انتقل حكم الملك إليه ، وثبت له ، ولا يحق للبائع مطالبته بالثمن حتى يتم البيع ، أما إذا كان الخيار للبائع فملك المبيع يظل له ؛ لأن البائع عندما شرط الخيار لنفسه لم يرض بخروج المبيع عن ملكه[3] .

هذه هي آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين التى تم تطبيقها على خيار التعيين المقترن بخيار الشرط ، وقد تقدم تفصيل هذه المسألة في الباب الأول عند الحديث عن أثر خيار الشرط في انتقال الملك، ويبدو أن رأى الزيدية هنا هو الراجح ؛ لأن صاحب الخيار ينبغى أن ينتقل إليه الملك حتى يستطيع أن يتصرف فى المبيع وهوعلى بينة من أمره .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٠٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص١٦ ، والبناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٦٨-٢٦٩ .

(٢) راجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٤ ص١٦٧ ، وبلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٥١ ، وكتاب المنتقى للباجى ص٥٨ ، وجواهر الإكليل للآبي ج٢ ص٣٤-٣٥.

(٣) راجع : البحر الزخار لابن المرتضى ج٣ ص٣٥٠ ، والتاج المذهب للصنعانى ج٢ ص٤٠٩ .

ثانياً : أثر خيار التعيين فى زوائد المبيع :

قد تحدث للمبيع زوائد خلال مدة خيار التعيين ، والسؤال الذى يطرح نفسه هنا عن ملكية هذه الزوائد لمن تكون أتكون للمالك أم لصاحب الخيار؟

فى الحقيقة لا أستطيع أن استكشف الإجابة عن هذا السؤال إلا إذا تم التمييز بين خيار التعيين المجرد ، وخيار التعيين المقترن بخيار الشرط ، وذلك على النحو الآتى :

أ-خيار التعيين المجرد :

وفى هذه الحالة يكون خيار التعيين وحده ؛ والعقد هنا لازم في واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها ، وإذا اختار صاحب الخيار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ؛ فقد ميز المبيع وصار معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة ، وملكية المبيع تنتقل إلى صاحب الخيار من وقت العقد ، وليس من وقت الاختيار .

وعلى ذلك فإذا افترضنا أن أحد الأشياء المخير فيها قد حدث له زوائد فى أثناء مدة الخيار، ثم وقع الاختيار عليه ، فالزوائد هنا تكون لصاحب الخيار منذ التعاقد وذلك أمر طبيعي ؛ لأن الأصل "المبيع" مملوك لصاحب الخيار منذ وقت التعاقد ، ومن ثم فالزوائد تتبع الأصل، ولا خلاف بين الفقهاء المجيزين لهذا الخيار فى هذه المسألة[١] ؛ وفى هذا الصدد قال الكاسانى[٢] : " الزيادة في المبيع والثمن عندنا تلتحق بأصل العقد ، كأن العقد من الابتداء ورد على الأصل والزيادة جميعاً".

ب-خيار التعيين المقترن بخيار الشرط :

وهنا العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار ؛ لأن من حقه أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ثم هو فيما يختاره بالخيار بين الرد والأخذ ، فقد يقوم صاحب الخيار برد جميع الأشياء ، وقد يختار واحداً أو أكثر من الأشياء المخير فيها فهنا يختلف حكم الزوائد بسبب اختلاف ملكية المبيع فى زمن خيار الشرط .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٠ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٨-٥٤ ، وحاشية الدسوقي ج٤ ص١٧١ ، وعدة البروق للونشريسي ج١ ص٤٣٢ ، والتاج المذهب للعنسي ج٢ ص٤١٠.

(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص٢٧٠

وقد تناول الفقهاء هذه المسألة عند الحديث عن أثر خيار الشرط فى انتقال الملك وزوائد المبيع ،وتم عرض ذلك سلفاً، وما ورد هناك ينطبق على هذا الأمر ، فيما يخص رأى المجيزين لخيار التعيين ، (الأحناف ،ومن سلك مسلكهم) ، وقد ترجح لي سلفاً القول الذى يرى أنصاره التوقف فى مسألة الزوائد حتى يتبين المالك الحقيقي للمبيع ، وذكـرت سبب الترجيح فى محله[١] .

الفرع الثالث

تبعة هلاك الأشياء المخير فيها

يميز الفقهاء القائلون بجواز خيار التعيين ، بين ما إذا كان الهلاك قبل القـبض أو بعده ، وبين خيار المشترى ، وخيار البائع ، ولذا سأبحث أولاً تبعة الهلاك عندما يكـون خيار التعيين للمشترى ثم تبعة الهلاك حين يكون خيار التعيين للبائع، وذلك على النحـو الآتي :

أولا : تبعة الهلاك عندما يكون الخيار للمشترى :

عندما يكون الخيار للمشترى لا يخلو الأمر من احتمالين :

الاحتمال الأول : هلاك الأشياء المخير فيها قبل القبض :

ويعنى ذلك أن الأشياء المخير فيها ، قد هلكت وهى بيد البائع (المالك) ، وفى ذلك قد يهلك الشيئان المخير فيها معاً أو أحدهما [٢] ، فإذا هلكاً معاً يبطل البيع ؛ لأن المبيع قد هلك قبل القبض بيقين، ولا خلاف بين الفقهاء المجيزين لخيار التعيين فى ذلك[٣] .

أما إذا هلك أحد الشيئين قبل القبض فى يد البائع فهنا لا يبطل البيع كمـا صـرح بذلك الأحناف، والزيدية حيث قالوا إنه لو هلك أحد الشيئيين قبل القبض فى يد البـائع لا يبطل البيع ؛ لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ، ويحتمل كـذلك

---

(١) وهذا الرأي هو للزيدية. راجع ص١٦٥ من البحث.

(٢) هنا افترضت أن الأشياء المخير فيها لا تزيد عن اثنين بهدف الاختصار، وتوضيح الصورة .

(٣) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ ، والذخيرة للقرافى ج٥ ص٤٣ . وشـرح فـتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ ، وجاء فيه : "ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع".

أن يكون غيره فلا يبطل البيع ، وعلى ذلك فالبيع قد صح بيقين ، ووقع الشك في بطلانه؛ ولذلك لا يبطل البيع المتيقن صحته بالشك.

ولكن المشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه المعلوم ، وإن شاء تــرك ؛ لأن المبيع قد حدث له تغيير قبل أن يقبضه المشترى فيوجب الخيار للمشترى ، هذا إذا كانت الأشياء المخير فيها لا تزيد عن اثنين ، أما إذا كانت ثلاثة وهلك واحد منها ؛ وبقى اثنان ،فالعقد لا يبطل ؛ ويحق للمشترى أن يأخذ ما شاء منهما ، وله أن يتركهما(١)

<u>الاحتمال الثاني : هلاك الأشياء المخير فيها بعد القبض .</u>

ويعنى ذلك أن المشترى قد قبض الشيئين المخير فيهما ، وهلك عنده أحــدهما أو هلكا معاً، وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء المجيزون لخيار التعيين حول من يتحمل تبعــة الهلاك حيث انقسمت آراؤهم على قولين :

<u>القول الأول</u> : للأحناف (٢) ، والزيدية (٣) ، وبعض الإباضية (٤) ، وهؤلاء قالوا إن تبعة الهلاك تقع على المشترى إذا قبض الشيئيين المخير فيهما، وهلك أحدهما عنده حيث يجب عليه دفع ثمن الهالك، أما الآخر غير الهالك فهو أمانة يجب رده إلى المالك.

فقد تناول الأحناف هذه المسألة، وقالوا إذا قبض المشترى الشيئيين المخير فيهما ، وهلك أحدهما بطل خيار المشترى ، وتعين الهالك للبيع ، حيث يقع على المشترى دفــع ثمنه للبائع ، أما الآخر غير الهالك فهو أمانة ، والأمانة يجب ردها إلى مالكها ؛ لأنه لما

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٦ ، والتاج المذهب للعنــسى الــصنعانى ج٢ ص٣٩٤، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ ، وجاء فيه : "ولو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فــلا يبطل البيع والمشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بثمنه وإن شاء ترك " ، وجاء فى الفتــاوى الهنديــة لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ : " فإن كان الخيار للمشترى وهلك أحدهما قبل القبض تعين الهالك للأمانة والقائم للبيع ، وله الخيار فى القائم يأخذه أو يرده" .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٧ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ . وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ .

(٣) راجع: التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٤ .

(٤) راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص ٢٨٢

هلك أحد الشيئيين تعذر رد الهالك بسبب الهلاك الذى حصل له عند المــشترى ، فتعــين الباقى للرد ، وتعين الهالك للبيع ضرورة[١].

والزيدية قالوا إن المشترى إذا قبض الشيئيين المخير فيهما ، وتلف أحدهما بيده ، فإن التالف يتعين ملكه ، ولا خيار له فى الباقى ، فإذا اشترى فرسين على أن يختار واحداً منهما فى مدة معلومة ، ثم مات أحدهما قبل تمام المدة وكان بيد المشترى ، تعين الميــت ملكه ، ولا خيار له فى الحي [٢]، وقال بعض الإباضية إن المشترى إذا قبض الثوبين مثلاً ، وهلك أحدهما عنده فعليه أن يرد الباقى للبائع ، وعليه ثمن الذى تلف[٣] .

أما إذا هلك الشيئان المخير فيهما معاً ، فالأمر فيه تفصيل عند أصحاب هذا القول ، حيث تناول الأحناف مسألة هلاك الشيئيين ، وبسطوا القول فيها ، فقالوا إذا هلك الشيئان المخير فيهما ، فهلاكهما قد يكون على التعاقب أو فى لحظة واحدة ؛ فــإذا هلكــا علــى التعاقب فالأول يهلك مبيعاً ، ويقع على المشترى دفع ثمنه ، والآخر أمانة؛ أي لا ضمان على المشتري في الآخر إذا هلك بلا تعد ولا تقصير منه .

وإذا افترضنا أن المتعاقدين قد اختلفا حول الهالك منهما[٤]، فادعى البائع أن الهالك هو الذى ثمنه أكثر ، وادعى المشترى أن الهالك هو الذى ثمنه أقل ، في هــذه المــسألة اختلف الصاحبان :

فقال أبو يوسف يتحالفان وأيهما نكل عن يمينه لزمه دعوى صاحبه ، وإن حلفــا جميعاً يجعل كأنهما هلكاً معاً ، ويلزم المشترى دفع ثمن نصف كل واحد منهما ، وقــال محمد القول فى ذلك للمشترى مع يمينه ؛ لأن المتعاقدين اتفقا على أصل الدين واختلفا فى قدره .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٥ ، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٧ .

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ، ج٢ ، ص٣٩٤ .

(٣) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج٩ ، ص٢٨٢ .

(٤) والنزاع بين البائع والمشتري يحصل عند اختلاف ثمن الشيئين المخير فيهما ، أمــا إذا كــان ثمنهمــا متساوياً فلا فائدة في الاختلاف ؛ لأن أيهما هلك أولاً فثمن الآخر مثله؛ إذ يستطيع المشتري أن يــؤدي ثمن أحدهما فقط. راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٧.

والأصل أن القول قول المدين مع يمينه عند الاختلاف ؛ لأن المدين وهو المشترى هنا ينكر الزيادة ، أما إذا قامت لهما بينة فيعتد ببينة البائع ويجب على المشترى أن يدفع ما ادعاه البائع ؛ لأن بينة البائع تثبت الزيادة ، وقد قيل إن أبا يوسف قد رجع عن رأيه الأول وأخذ بما قاله محمد[١] .

وأما إذا هلكا فى لحظة واحدة أو هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما، فيجب على المشترى أن يدفع نصف ثمن كل واحد منهما ، لشيوع البيع والأمانة فيهما مع عدم الأولوية، أي أن أحدهما قد ملكه المشتري بالعقد، والآخر قبضه لا على سوم الشراء فيكون أمانة في يده؛ ولذلك ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعاً[٢]، فيكون المشترى أميناً فى نصف كل واحد منهما [٣] ، مشترياً نصف كل واحد منهما، ولهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما[٤]. هذا إذا كان ثمنهما متفاوتاً أما إذا كانا متفقين في الثمن فلا حاجة إلى ذلك ، وفى هذا الصدد قال ابن الهمام[٥] :"ولو هلكا معاً بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر. وأثر هذا إنما يظهر إذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فإن كانا متفقين فلا" ، ولم يظهر للزيدية رأى محدد فى هذه المسألة .

<u>القول الثاني</u> : للمالكية وقد ميزوا في الهلاك بين خيار التعيين المقترن بخيار الشرط ؛ وخيار التعيين غير المقترن بخيار الشرط ؛ حيث مثّلوا لذلك بهلاك الثوبين ، وذلك فى حالتين:

---

(١) راجع : كتاب الأصل لمحمد الشيباني ج١ ص١٤٤-١٤٥، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٧ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣٢ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ والمبسوط للسرخسى ج١٣ ص٦٣-٦٤ ؛ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٧.

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٧ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ .

(٣) راجع : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص٥٦ .

(٤) وكذلك إذا قبض المشتري ثلاثة أشياء وتلفت بيده فعليه ضمان ثلث ثمن الجميع؛ لأنه لا مرجح لكون أحدها مبيعاً دون الآخرين بسبب شيوع صفة الأمانة والبيع في الجميع. راجع: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٦٥.

(٥) شرح فتح القدير ج٥ ص٥٢٤ .

الحالة الأولى: عندما يقترن خيار التعيين بخيار الشرط

قالوا إذا قبض المشترى صاحب الخيار الثوبين على أن يختار أحدهما ، وهو فيما يختاره بالخيار بين الأخذ والرد ، وادعى ضياعهما معاً ضمن واحداً منهما بالثمن الذى وقع به العقد ؛ لأنه مبيع، ولا ضمان عليه في الآخر؛ لأنه أمين[١] وإن ادعى ضياع واحد فقط ضمن نصفه وله أخذ الباقي أو رده[٢] سواء أكان الخيار للمشترى أم للبائع ، وهذا هو القول المشهور عند المالكية[٣] ، وقد ذهب بعض الإباضية إلى هذا الرأي ، وخاصة في مسألة هلاك الشيئين معا ؛ حيث قالوا إذا هلك الشيئان معاً، فالمشترى أمين في أحدهما والآخر يتعين للبيع ، ويجب على المشترى أن يدفع ثمنه للبائع[٤] .

الحالة الثانية : عندما يكون خيار التعيين وحده :

إذا قبض المشترى الثوبين المخير فيهما ، وادعى ضياعهما معاً ، فيلزمه النصف من كل منهما ، أي يجب عليه أن يدفع للبائع نصف ثمن كل واحد منهما حيث لم يعرف الذى قبضه على الشراء من الذى قبضه على الائتمان[٥] ؛ ولأن ثوباً قد لزمه ، ولا يعلم أيهما هو، فوجب أن يكون العاقدان (البائع والمشترى) شريكين فيهما [٦] .

أما إذا ادعى ضياع أو تلف أحد الثوبين ، ولم تقم له بينة ضمن نصف ثمن كل من التالف، والباقي ، لعدم العلم بالضائع منهما هل هو المبيع أم غيره فيعمل بالاحتمالين[٧] وليس له اختيار الباقي على المشهور عند المالكية [٨] ؛ لأن في ذلك ضرراً

---

(١) راجع : شرح الزرقانى على مختصر خليل لعبد الباقى الزرقانى ج٥ ص١٢٤ .

(٢) راجع : بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى ج٢ ص٥٢-٥٣ .

(٣) وقيل إن هناك رأياً لأشهب يرى بموجبه أن المشترى يضمن الشيئين جميعهما : راجع : معين الحكام على القضايا والأحكام لابن عبد الرفيع ج٢ ص٤٢٤ ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٩٨ .

(٤) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ .

(٥) راجع : المقدمات الممهدات لابن رشد(الجد) ج٢ ص٩٢ ، وحاشية الدسوقى ج٤ ص١٧١-١٧٢ .

(٦) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٤ ، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لعليش ج٥ ص١٤٢ .

(٧) راجع : شرح الخرشى على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٢ .

(٨) راجع : بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٥٢ .

على البائع ، وقال بعضهم (ابن المواز) [١] يجوز له أن يختار نصف الباقى لا جميعه[٢] ، وذلك لأن المبيع ثوب واحد فإن اختار جميع الباقي لزم كون المبيع ثوباً ونصفاً ، وأجيب بأن هذا أمر جر إليه الحكم لدفع ضرر الشركة [٣] .

ثانيا :تبعة الهلاك عندما يكون الخيار للبائع

قد تهلك الأشياء المخير فيها ، وهى ما زالت بيد البائع : "قبل القبض" ، وقد تهلك وهى بيد المشترى إذا قبضها ، وهذه المسألة تناولها الفقهاء ، وتفاوتت أقوالهم فيها حيث ذكرها الأحناف بالتفصيل ، أما المالكية فأوجزوا القول فيها ، ولم يظهر للزيدية، والإباضية رأي محدد فى هذه المسألة ، ولذلك سيتم عرض آراء فقهاء الأحناف، والمالكية على النحو الآتى :

القول الأول للأحناف ، وقالوا إذا هلك أحد الشيئين المخير فيهما قبل القبض هلك أمانة ، ولا يسقط خيار البائع ؛ فهو بالخيار إن شاء ألزم المشترى بقبول الباقي ؛ لأنه للبيع ،وإن شاء فسخ البيع فيه ، وليس للمشترى أن يمتنع عن قبول ما يلزمه به البائع بزعم أنه كان يريد أن يعين الهالك مبيعاً ؛ لأن المشترى لم يكن مخيراً فى العقد.

ويجوز للبائع كذلك فسخ البيع إذا اشترط لنفسه خيار الشرط مع خيار التعيين ، فله أن يمضى البيع فى الباقى ويلزم به المشترى ، وله أن يفسخ البيع ، على أنه ليس للبائع فى كل الأحوال أن يلزم المشترى بأخذ الهالك ؛ لأنه هلك أمانة ، وأما إذا هلكا معاً قبل القبض فالبيع يبطل بسبب هلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإذا قبضهما المشترى، وهلك أحدهما عنده كان الهالك أمانة أيضاً كما لو هلك قبل القبض عند البائع ، ولا يسقط خيار البائع ، بل يحق له أن يلزم المشترى بالآخر إن شاء أو فسخ البيع ، أما إذا هلكا معاً بعد القبض ، فالأحناف يفرقون بين أمرين :

---

(١) هو محمد بن إبراهيم بن زياد المعروف بابن المواز من كبار فقهاء المالكية من أهل الإسكندرية تفقه بابن الماجشون، وغيره، وكان راسخا في الفقه والفتيا، ولد في ثمانين ومائة للهجرة، ومات بدمشق في سنة تسع وستين ومائتين للهجرة، له كتابه المشهور بالموازية وهو من أجل كتب المالكية .(راجع: شذرات الذهب لابن العماد ج٢ ص١٧٧) .

(٢) راجع: شرح منح الجليل على مختصر خليل لعليش ج٥ ص١٤٣ .

(٣) راجع : بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي ج٢ ص٥٢ .

الهلاك على التعاقب، والهلاك في لحظة واحدة ؛ فإذا هلكا على التعاقب يجب على المشترى دفع قيمة الهالك الأخير ؛ لأن الأول هلك أمانة ، وإن هلكا معاً فى لحظة واحدة وجب على المشترى أن يدفع نصف قيمة كل واحد منهما ، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر[١] .

القول الثاني للمالكية ، ويرون أن المشترى إذا اشترى أحد ثوبين بخيار التعيين المقترن بخيار الشرط ، ثم قبضهما ليختار واحداً منهما إن شاء رده وإن شاء ردهما جميعاً ، وادعى ضياعهما معاً ، فهنا يضمن واحداً منهما بالثمن ، ولا ضمان عليه في الآخر سواء أكان الخيار له أم للبائع ، أما إذا ادعى ضياع واحد فقط ضمن نصفه ، وله أخذ الباقى أو رده سواء أكان الخيار له أم للبائع[٢] .

ويظهر من قول المالكية أنهم لا يفرقون بين خيار المشترى ، وخيار البائع، لاسيما حين يقترن خيار التعيين بخيار الشرط ، وأحسب أن قولهم هذا ينطبق كذلك على خيار التعيين إذا جاء وحده ؛ لأنهم لم يذكروا أحكام تبعة الهلاك في هذه الصورة ، وخاصة عندما يكون الخيار للبائع .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٩ والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٦ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٣ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٦ .

(٢) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٢٤ ، وبلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى ج٢ ص٥٢ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨١ .

الفرع الرابع
تبعة تعيب الأشياء المخير فيها

قد يحصل العيب فى الأشياء المخير فيها، وهذا العيب قد يكون قبــل القــبض أو بعده ، وسأعرض لحكم التعيب فى حالة خيار المشترى أولا ، ثم في حالة خيار البــائع ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : حكم التعيب إذا كان الخيار للمشترى :

أ-التعيب قبل القبض:

قد تتعيب الأشياء المخير فيها قبل القبض أو بعده ، فإذا تعيبت وهى فى يد البائع فقد يكون التعيب في أحد الشيئين المخير فيهما أو فيهما معاً ، فإذا تعيب أحد الأشــياء المخير فيها ؛ فالمتعيب لا يتعين للبيع والمشترى على خياره ؛ فله أن يأخذ الذى تعيب ، وله أن يأخذ الآخر ، وإن شاء تركهما معاً ، ولكن إذا أخذ المتعيب منهما وجب عليه دفع ثمنه المسمى كاملاً ؛ لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل ، وأما إذا تعيبا معاً ؛ فالمشترى يظل على خياره ،ومن حقه أن يأخذ أيهما شاء بثمنه المسمى ، ومن حقه أن يتركهما معاً لتعيبهما [١] .

ب-التعيب بعد القبض:

إذا تعيبت الأشياء المخير فيها بعد القبض، فقد يكون التعيب فى واحد منها أو في جميعها ، فإن كان في واحد منها ، فالمتعيب يتعين للبيع ، ويجب على المشترى أن يدفع ثمنه للبائع ، أما الآخر (السليم) فهو أمانة ، وهذا الحكم كما لو هلك أحدهما بعد القــبض أي يأخذ حكم الهلاك نفسه ؛ لأن تعيب المبيع يعنى هلاكه الجزئي .

أما إذا تعيبا معاً ؛ فالأمر لا يخلو من احتمالين ، إما أن يتعيبا على التعاقب ، وإما أن يتعيبا معاً فى لحظة واحدة ، فإذا تعيبا على التعاقب تعين الأول للبيــع ، ووجــب علــى

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٧ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٥ .

المشترى أن يدفع ثمنه للبائع ،أما الآخر فيجب رده إلى البائع ، ولا يغرم المشترى شـيئاً بحدوث العيب ؛ لأنه أمانة في يده .

وأما إذا تعيبا معاً في لحظة واحدة ، فلا يتعين أحدهما للبيع ؛ لأنه ليس أحـدهما بالتعيين أولى من الآخر ، وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه ، ومع ذلك لا يجوز له أن يردهما جميعاً ؛ لأن البيع قد لزم في أحدهما بسبب العيب الذى أصابهما ، فهنـا يبطـل خيار الشرط إذا كان مقترناً بخيار التعيين ، حيث يبقى خيار التعيين وحده ، ومعلوم أن البيع بخيار التعيين وحده لازم في أحدهما ، ولذلك لا يحق للمشترى أن يردهما معاً [١] .

<u>ثانياً : حكم التعيب إذا كان الخيار للبائع :</u>

وفي هذه الحالة قد يحدث العيب للأشياء المخير فيها قبل القبض أو بعده ، فإذا تعيب أحد الشيئين في يد البائع (قبل القبض) فهنا لا ينفسخ البيع ، ويظل البائع على خياره ، فله أن يلزم المشترى أيهما شاء ، فإذا ألزمه بالمبيع الخالي من العيب، وجب على المـشترى أن ينصاع لأمر البائع ، وليس له أن يمتنع عن قبول هذه المبيع بحجة أنه كان يرغب في المال الذى أصابه العيب ؛ لأن الخيار ليس له بل للبائع .

أما إذا ألزم البائع المشترى بالشيء المعيب ؛ فمن حق المشترى أن يرفض ذلـك ، ومن حقه أن يقبله بثمنه المسمى، وإذا ألزم البائع المشترى بالمعيب، ورفض المـشترى قبوله،فليس من حق البائع بعد ذلك إلزامه بالخالي من العيب ؛ لأن خيار التعيين قد انتهى باستعماله مرة واحدة .

وإذا تعيبا معاً فخيار البائع على حاله ، ولا ينفسخ البيع إلا أن المـشترى يكـون مخيراً فمن حقه أن يقبل المبيع الذى يلزمه به البائع بثمنه المسمى ، ومن حقه تركه بسبب خيار العيب .

وأما إذا قبض المشترى الأشياء المخير فيها ، وحدث العيب في واحد منها فهنـا يبقى البائع على خياره ، وله أن يلزم المشترى بما يريده من الأشياء ، فإذا ألزمه بالشيء

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٨ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥.

الخالي من العيب وجب على المشترى قبوله ، وإذا ألزمه بالشيء المعيب وجــب كــذلك على المشترى قبوله ؛ لأن العيب قد حدث فى يد المشترى [١] .

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز للبائع أن يفسخ البيع ويسترد الأشياء المخير فيها إذا كان له خيار تعيين، وخيار شرط ؛ لأن البيع غير لازم فى حقه بسبب خيار الشرط ؛ فإذا فسخ البائع العقد ؛ فله أن يأخذ من المشترى نصف نقصان كل واحد منهما إذا تعيبا معــاً فى يد المشترى ؛ لأن أحدهما مضمون عنده بالقيمة، والآخر أمانة، ولا يعلم أحدهما مــن الآخر، أما إذا كان البائع مخيراً بخيار التعيين وحده، فهو مجبر على أن يعين ما يريــده منهما، وليس له فسخ البيع [٢] .

وما تقدم هو رأي الأحناف أما المالكية والزيدية فلم أوفق في العثور علــى رأى محدد لهم فى هذه المسألة ، والذي يظهر أنهم قد اكتفوا بما ذكروه بمناسبة الحديث عــن أحكام الهلاك الكلى لكون العيب هو هلاك جزئي ، أما الإباضية فقد قال بعــضهم[٣] إن المشترى إذا كان مخيراً بخيار التعيين فى شيئين وتعيب أحدهما بيده فيلزمهُ ثمنه ، ويرد السليم للبائع هذا إذا قبضهما المشترى ليختار أحدهما .

هذه هي آثار خيار التعيين فى العقد ، وقد تم ذكرها تفصيلاً ، ولم يتبق سوى أثر خيار التعيين فى تسليم البد لين ، وهذا الأثر قد تقدم بيانه عند الحديث عن أثــر خيــار الشرط فى تسليم البد لين ، وما ورد هناك يسرى على خيــار التعيــين ؛ لأن الفقهــاء المجيزين لخيار التعيين لم يذكروا هذا الأثر عند حديثهم عن آثار خيار التعيين ، ويبدو أنهم قد اكتفوا بما ذكروه فى تسليم البد لين فى خيار الشرط لكون خيار التعيــين فــى معناه، وعلى ذلك يجوز للطرفين الاتفاق على تسليم البد لين ؛ حيث يجوز للبائع أن يسلم للمشتري الأشياء المخير فيها لغرض تجربتها، والتأكد من صلاحيتها للــشراء، ويجــوز للمشتري أن يشترط تسليم الأشياء المخير فيها بهدف تجربتها واختبارها ، ويعــد تــسليم

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٩ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٦ ، ودرر الحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٦ – ٢٦٧ .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٨٠ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلــى حيــدر ج١ ص٢٦٦-٢٦٧

(٣) راجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢ .

الأشياء المخير فيها من الأمور المهمة ؛ لأن المشتري قد لا يستطيع أن يستكشف أوصاف المبيع إلا من خلال التجربة ، وعلى ذلك فمسألة تسليم الأشياء المخير فيها تخضع لرضا الطرفين .

المطلب الثاني

آثار خيار التعيين في القانون المدني اليمنى

سيتم في هذا المطلب دراسة آثار خيار التعيين في القانون المدني اليمنى من خلال عرض كل أثر على حده، مع بيان موقف القانون منه، وذلك على النحو الآتى :

أولاً : أثر خيار التعيين فى صفة العقد :

لا أستطيع أن أبين موقف القانون المدنى اليمنى من هذا الأثر إلا إذا تفحصت ما ورد فى المادتين (٢٧٢) و (٤٨٥) ؛ فالمادة (٢٧٢) نصت على أنه: "إذا كان الخيار للملتزم وامتنع عن الاختيار أو تعدد الملتزمون ، ولم يتفقوا فيما بينهم فإنه يكون لصاحب الحق أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه الملتزم أو يتفق فيه الملتزمون وإلا عين القاضي بنفسه" .

ونصت المادة (٤٨٥) فى شطرها قبل الأخير على أنه : "إذا كان خيار التعيين للبائع فلهُ أن يلزم المشترى أيها شاء ..." .

ويتبين مما ورد فى هاتين المادتين، أن العقد لازم فى واحد غير معين من الأشياء المخير فيها، بدليل أن المشرع قد ألزم صاحب الخيار في المادة (٢٧٢) بالاختيار، ولا يحق له رفض الاختيار ، وحتى إذا امتنع عن الاختيار ، فالاختيار يتم رغماً عنه حيث يكون من حق الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإجبار صاحب الخيار على الاختيار، وعندئذ يقوم القاضى بمنح صاحب الخيار مهلة محددة للاختيار، فإذا لم يقم بالاختيار حل محله القاضى واستعمل الخيار .

ويتضح من نص المادة (٤٨٥) أنه يجوز للبائع صاحب الخيار أن يُلزم المشترى بواحدٍ من الأشياء المخير فيها ، ويعنى ذلك أن البائع إذا اختار واحداً منها، وجب على المشترى أن يقبل ما اختاره البائع ؛ لأن العقد لازم فى واحد غير معين ، وبالتعيين صار هذا الواحد الذى تم اختياره هو المعقود عليه، ولا يحق للمشترى رفضه .

وبناءً على ما سلف يتضح أن خيار التعيين لا أثر لهُ في صفة العقد ؛ فالعقد لازم فى عدد من الأشياء المخير فيها منذ الانعقاد ، وما على صاحب الخيار إلاّ أن يختار مـا يناسبه ، وبذلك يعدُ خيار التعيين كاشفاً للمبيع فقط ، أما العقد فهو لازم فى واحـد مـن الأشياء المخير فيها لا بعينه، وعند تعيين هذا الواحد يصير هو محل العقد .

وبالموازنة بين موقف القانون اليمنى المدني، وبين آراء الفقهاء المجيزين لخيـار التعيين ، يتضح أن موقف القانون المدنى لا يختلف عما قررهُ هؤلاء الفقهاء ، غير أنـه يلاحظ أن الأحكام الواردة فى القانون اليمنى قد عالجت خيار التعيين المجـرد ، أو مـا يسمى عند شراح القانون الالتزام التخييري، ولم يذكر المشرع حكـم اقتـران الخيـارين ببعض كما قال بذلك الفقهاء المجيزون لخيارالتعيين الذين أجازوا ارتبـاط خيـارالتعيين بخيار الشرط ، وقالوا إن العقد مع هذين الخيارين غير لازم فى حق من تقـرر الخيـار لمصلحته ، ولم يتعرض شراح القانون لهذه المسألة ، ولذلك آمل من المشرع اليمنـي أن يعالج هذا الأمر كما ورد عند الفقهاء المجيزين لخيارالتعيين .

ثانياً : أثر خيار التعيين فى ملكية المبيع، وزوائده :

يظهر من نص المادتين المذكورتين سلفاً ، أن ملكية المبيع تثبت من حين التعاقـد لا من وقت الاختيار؛ لأن المشرع قد ألزم صاحب الخيار باختيار أحد الأشـياء المخيـر فيها، وهذه إشارة تدل على أن العقد لازم فى واحد غير معين من الأشياء المخير فيهـا، وأن الملكية تتقرر لصاحبَ الخيار من وقت انعقاد العقد لا من وقت الاختيار .

وعلى هذا الأساس فخيارالتعيين يستعمله صاحبه للكشف عن المبيع الذى يناسبه أما أصل ملك هذا المبيع فقد حصل بالعقد ، ولا يحتاج إلا إلى الكشف عن المبيع وفرزه من بين الأشياء المخير فيها، وعلى ذلك فلا أثر لخيارالتعيين فى مسألة انتقـال ملكيـة المبيع ؛لأن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري من حين العقد هذا إذا كان الخيار للمـشتري وحده، أما إذا كان الخيارللبائع، فالمبيع يظل مملوكا له خلال مدة الخيار، وتأسيساً علـى هذا؛ فزوائد المبيع الذي اختاره صاحب الخيار تكون له من وقت نشوء العقد؛ لأنها تتبـع المبيع (الأصل) الذي وقع عليه الاختيار، فإذا كان الخيـار للمـشتري مـثلا فالزوائـد الحاصلة في المبيع تكون له من وقت التعاقد، وليس من وقت الاختيار.

وبالموازنة بين موقف المشرع اليمني ، وما ورد عند الفقهــاء المجيــزين لخيــار التعيين، يتضح أن موقف المشرع اليمنى لا يختلف عموما عما قرره هؤلاء الفقهاء ، وإن كان يؤخذ على المشرع اليمنى عدم وضوح فكرة لزوم العقد فى الأشياء المخيــر فيهــا بالنسبة لصاحب الخيار ، حيث إن المشرع اليمني لم ينص صراحة على أن العقد بخيــار التعيين لازم فى واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها من وقت التعاقــد لا مــن وقــت الاختيار، وكان يتوجب عليه أن يبين هذه المسألة بوضوح ، ولا يتركها دون تنظيم ،كما يلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى حكم الملكية عند اقتران خيار التعيين بخيار الشرط .

وأما شراح القانون المدني فموقفهم يتفق إلى حد ما مع ما قرره الفقهاء المجيــزون لخيار التعيين ؛ حيث يرى شراح القانون أن المحل الذي وقع عليه الاختيار يعد منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد ، ويعد الالتزام بسيطاً لا تخييرياً منذ نشوئه ؛ لأن المحل الذى عين كان منذ البداية محلاً للالتزام ، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه، وبين المحــال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام[١] ، وعلى هذا الأساس فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعد قد انتقلت منــذ نــشوء الالتزام لا منذ أعمال حق الخيار ، ويعد المشترى عندهم مالكاً للشيء منذ وقت التعاقد إن كان الشيء منقولا معينا بالذات [٢]

ومع ذلك فإن رأي بعض شراح القانون المدني يختلف عن رأي الفقهاء في مسألة انتقال الملك في زمن الخيار ؛ حيث إن الفقهاء قالوا إن المشتري يتملك أحد الأشــياء لا بعينه من وقت التعاقد لا من وقت استعمال الخيار ، فــي حــين ذكــر بعــض شــراح القانون[٣]أن ملك المبيع يظل للبائع في مدة الخيار حتى يستعمل المشتري خياره ، وعندئذ تنتقل إليه ملكية أحد الأشياء المخير فيها من يوم العقد لا من تاريخ استعمال الخيار عملاً بفكرة الأثر الرجعى للخيار؛ فإذا قام المشترى بشراء بقرتين مثلاً على أن يختار واحــدة

---

(١) راجع : دروس فى أحكام الالتزام للدكتور/ فتحى عبد الرحيم عبــد الله ، مرجــع ســابق ص٢٢٥ ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البدراوى ، مرجع ســابق ص٢٦٠ ، وأصول أحكام الالتزام للدكتور/ جلال على العدوى ، مرجع سابق ص١٤٩ .

(٢) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور / السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٤٣ ، والنظرية العامة للالتزامات(أحكام الالتزام) للدكتور/ إسماعيل غانم ، مرجع سابق ص٣٠٧

(٣) راجع : النظرية العامة للالتزامات للدكتور/ حسن على الذنوب ، مرجع سابق ص٤٠٣ .

منهما، فإن ملكية أي من البقرتين لا تنتقل إليه بمجرد العقد بل إنهما تبقيان على ملكيـــة البائع، وبعد أن يختار المشتري واحدة منهما تنتقل إليه ملكيتها بأثر رجعي .

وهذا القول لا يتفق مع ما قرره الفقهاء المجيزون لخيار التعيين فهم يرون أن العقد لازم منذ البداية فى واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها لا على التعيين ، ولا ينشأ اللزوم بعد الاختيار؛ لأن العقد لازم منذ إبرامه ، ومهمة صاحب الخيـــار تنحـــصر فـــي الاختيار فقط هذا إذا جاء العقد مع خيار التعيين وحده ،ولم يقترن خيار التعيين بخيـــار الشرط .

ثالثاً : تبعة هلاك الأشياء المخير فيها:

ذكر المشرع اليمنى تبعة الهلاك فيما يخص خيار الملتزم وحده (المـــدين) حيـــث نصت المادة (٢٧٤) على أنه "إذا كان الخيار للملتزم واستحال تنفيذ كل مـــن الأشـــياء المتعددة ، فإذا كانت استحالة تنفيذ أحدها راجعة إلى فعله ، التزم بدفع قيمة آخر شـــيء استحال تنفيذه" [١] .

ويفهم من هذا النص أن الخيار إذا كان للمدين ، وهلكت الأشياء المخير فيها كلها بفعله فتبعة الهلاك تقع عليه ، ويتحمل التبعة كذلك إذا هلك واحد منها بفعله ، فلو فرضنا أن الشيئين المخير فيهما قد هلكا على التعاقب ؛ فإذا هلك الأول بخطـــأ المـــدين تركـــز الالتزام فى الشئ الثانى ، وإذا هلك الثانى أيضاً بفعل المدين ، وجب عليه أن يدفع قيمته للدائن (المشترى) حتى وإن تعددت الأشياء المخير فيها وهلكت تباعاً وكان الأخير منها قد هلك بخطأ المدين وجب عليه كذلك دفع قيمته ؛ لأن الالتزام قد تركز فيه وحده .

أما إذا هلك الأول بسبب أجنبي فقد تركز الالتزام فى الشيء الثـــانى ، وإذا هلـــك الشئ الثانى أيضاً بخطأ المدين فعليه دفع قيمته للدائن [٢] (المشترى) هذا إذا كان الهـــلاك على التتابع .

---

(١) وقد ورد هذا النص فى المادة (٢٧٧) القانون المدني اليمنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م ، ولم يطرأ عليه أى تعديل .

(٢) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٤٨ .

أما إذا هلكا معاً في لحظة واحدة بفعل المدين ، ولا يدرى السابق من اللاحـــق ، فتبعة الهلاك تقع أيضاً على البائع(المدين) ، لكن المشرع اليمنى لم يـــنظم هـــذا الأمـــر بصورة واضحة ، ومع ذلك يرى بعض شراح القانون المدني [١] أنه يحق للمدين (البائع) أن يختار ما يشاء للوفاء بثمنه ، وهذا الرأي جدير بالتأييـــد ؛ لأن الخيـــار هنـــا للمـــدين والهلاك قد وقع بسببه ، ومن حقه أن يختار ما يناسبه، ولذلك يحق له أن يختار واحداً من الهالكين ويدفع ثمنه للمشترى (الدائن) .

على أن هلاك الشيئين المخير فيهما معاً ، بسبب أجنبي يـــؤدى إلـــى انقـــضاء الالتزام التخييري ، سواء أكان الخيار للمدين (البائع) أم للدائن (المـــشترى) [٢] ، وهـــذا الأمر هو تطبيق للقواعد العامة ، وفى هذا الشأن نصت المادة (٤٤١) على أنه "ينقـــضي الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه " .

والملاحظ أن المشرع اليمنى قد اكتفى بتنظيم صورة من صور هـــلاك الأشـــياء المخير فيها ، وهى الواردة في المادة المذكورة سلفاً ، وترك بقية الصور للقواعد العامة ، وهو بذلك قد اقتفى أثر القانون المدنى المصري [٣] الذى نظم هذه الصورة دون غيرهـــا من صور الأشياء المخير فيها .

وعلى الرغم من أن القانونين اليمني والمصري لم ينظما صور الهلاك كلهـــا فإن شراح القانون المدنى قد اعتنوا بكل صور الهلاك ، وشرحوها تفصيلاً ، حيث مثَّلوا لها بهلاك شيئين من الأشياء المخير فيها ، وسيتم فيما يلي عرض تبعة الهـــلاك عنـــدما يكون الخيار للمدين (البائع) ، ثم تبعة الهلاك عندما يكون الخيار للدائن (المشترى).

---

(١) راجع : الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبـــد المجيـــد عبـــد الحكـــيم ج٢ ص٢٣٠ ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور / محمود عبـــد الـــرحمن محمـــد ج٢ ص٤١٠ .

(٢) راجع : دروس في نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب ، مرجـــع ســـابق ص٣٢٤ ، وأحكـــام الالتزام للدكتور / عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ص٢٦٠ ، وأصول أحكام الالتزام للدكتور/ جلال على العدوى ، مرجع سابق ص١٤٩ .

(٣) وقد وردت هذه الصورة في القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م ، في المادة (٢٧٧) التـــى نصت على أنه "إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء كان ملزمـــاً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه" .

أولاً : تبعة الهلاك عندما يكون الخيار للمدين[١] (البائع):

وفى هذه الحالة الخيار للمدين (البائع) والهلاك قد يقع لأحد الشيئين أو لهما معاً ، وقد يكون بخطأ المدين أو الدائن أو بسبب أجنبي ؛كالقوة القاهرة ، وعلـــى ذلـــك ســـيتم عرض أولاً هلاك أحد الشيئين ، ثم هلاك الشيئين معاً على التفصيل الوارد أدناه :

(أ) هلاك أحد الشيئين المخير فيهما :

- إذا هلك أحد الشيئين المخير فيهما بخطأ المدين أو بسبب أجنبي فإنه يحق للمدين (البائع) أن يلزم الدائن (المشترى) بقبول الثانى ؛ لأن محل الالتزام قد تركز فـــى الشئ الذى لم يهلك ما دام الخيار للمدين [٢] ، فإذا فرضـــنا أن البـــائع قـــد بـــاع للمشترى سيارتين ، وهلكت إحداهما وكان الخيار للبائع ، عندئذ يحق للبـــائع أن يلزم المشترى بالسيارة التى لم تهلك ، إذ ليس أمام البائع إلا السيارة التى لم تهلك وقد تركز الالتزام فيها .

- إذا هلك أحد الشيئين بخطأ الدائن فللمدين أن يختار الشئ الهالك وعندئذ يعد الدائن مستوفياً لحقه وتبرأ ذمة المدين من الدين ويحق للمدين كذلك أن يختار الشئ الذى لم يهلك فيدفعه إلى الدائن ويرجع عليه بقيمة الشئ الذى هلك بسببه [٣] (الدائن) ، وبذلك فإن خيار المدين (البائع) لا يسقط فيحق له أن يختار أحد الأمرين الذى يراه مناسباً له .

---

(١) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٤٦ – ١٤٩ ، والموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ، مرجع ســابق ج٢ ص٢٢٩ – ٢٣٠ ، والالتزام التخييرى للدكتور / محمد إبراهيم بنداري ، مرجـــع ســـابق ص١٠٢- ١١٠ ، وأحكام الالتزام بين الشريعة والقانون للدكتور/ طلبه وهبه خطاب ، مرجع سابق ص١٨٢ .

(٢) راجع : دروس فى نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص٣٢٤ .

(٣) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ج٣ ص١٤٧ .

(ب) هلاك الشيئين معاً :

- إذا هلك الشيئان معاً ، ولكن واحداً منهما هلك بخطأ المدين والآخر بسبب أجنبي ، عندئذ يجب على المدين أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك وهذا ما ذكرته المادة (٢٧٤) من القانون المدنى اليمنى ؛ ويكون ذلك في حالة الهلاك بالتتابع ، أما إذا هلكا معاً بخطأ المدين فالأمر متروك للمدين ؛ فيحق له أن يختار المحل الذى يعوض الدائن عن قيمته لكون الخيار له كما تقدم .
- إذا هلك الشيئان معاً ، ولكن واحداً منهما هلك بخطأ الدائن والآخر بسبب أجنبي ، فإن كان الشئ الذي هلك أولاً قد هلك بسبب أجنبي فقد تركز الالتزام فى الشئ الثانى الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطئه ؛ فهو بذلك يعد قد استوفى حقه وبرئت ذمة المدين .

أما إذا حدث العكس ، وهلك الأول بخطأ الدائن فعندئذ يحق للمدين أن يختار الشئ الآخر (السليم) وإذا هلك أيضاً هذا الشئ بسبب أجنبي فقد بُرئت ذمة المدين بهلاكه، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشئ الأول الذى هلك بسببه ، وأما إذا هلكا معاً بسبب فعل الدائن ؛ فخيار المدين (البائع) لا يسقط ومن حقه أن يختار واحداً منهما ، ويعد بذلك الدائن مستوفياً لحقه ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة الشئ الآخر [١] ، وهذا الأمر ينطبق كذلك فى حالة تعدد الأشياء المخير فيها .

ثانياً : تبعة الهلاك عندما يكون الخيار للدائن (المشترى) :

وفى هذا الأمر يفترض هلاك أحد الشيئين أو كليهما معاً ، وتفصيل ذلك على النحو الآتى:

أ) هلاك أحد الشيئين المخير فيهما :

- إذا هلك أحد الشيئين بسبب أجنبي تركز الالتزام فى الشئ الذى لم يهلك ويجب على الدائن(المشتري) أن يأخذه ، أما إذا تعددت الأشياء وكانت أكثر من اثنين

(١) راجع : الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ج٢ ص٢٣٠، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ منذر الفضل ، مرجع سابق ج٢ ص١٨١ .

وهلك واحد منها بسبب أجنبي ، فمن حق الدائن أن يختار ما يناسبه من الأشـياء الباقية [١] .

- إذا هلك أحد الشيئين بخطأ المدين فخيار الدائن لا يسقط ويحق لـه (الـدائن) أن يختار الهالك فيرجع بقيمته على المدين ، أو يختار الشئ السليم وتبرأ ذمة المدين بالوفاء به ، أما إذا هلك أحد الشيئين بخطأ الدائن فخيار الدائن لا يسقط أيـضاً ، ومن حقه أن يختار الشئ الهالك ، وعندئذ تبرأ ذمة المدين، ومن حقه أن يختـار السليم (الباقى) وعندئذ يجب عليه دفع قيمة الهالك للمدين [٢] .

(ب) هلاك الشيئين معاً :

- إذا هلك الشيئان ، وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين والآخر بسبب الأجنبي ، فخيار الدائن لا يسقط وله أن يختار الذى هلك بخطأ المدين فيرجع على المدين بقيمته ، وله أن يختار الذى هلك بسبب أجنبي وتبرأ ذمة المدين .
- إذا هلك الشيئان معاً بخطأ الدائن فله أن يختار أحدهما ، ولما كان هذا الشئ قـد هلك فإن ذمة المدين (البائع) تكون قد برئت ، ويرجع المدين على الـدائن بقيمـة الشئ الآخر .
- إذا هلك الشيئان معاً أحدهما بخطأ الدائن والآخر بسبب أجنبي فللدائن أن يختـار الشئ الذى هلك بخطئه فتبرأ ذمة المدين أو يختار الشيء الذي هلك بسبب أجنبي فتبرأ ذمة المدين أيضاً ، ولكن المدين يرجع على الدائن بقيمة الشئ الـذى هلـك بخطئه لذا من مصلحة الدائن أن يختار الذى هلك بخطئه حتـى لا يرجـع عليـه المدين بشيء ، أما إذا هلكا معاً أحدهما بخطأ الدائن والآخر بخطأ المدين ؛ فمـن حق الدائن أن يختار الذى هلك بخطئه وبذلك تبرأ ذمة المدين ، أو يختـار الـذي هلك بخطأ المدين فيرجع عليه المدين بقيمته ، ويرجع المدين على الـدائن بقيمـة الشيء الذي هلك بخطأ الدائن [٣] .

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٤٩ .

(٢) راجع : الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ج٢ ص٢٣١ .

(٣) راجع : أحكام الالتزام للدكتور/ منذر الفضل ، مرجع سـابق ج٢ ص١٨١ – ١٨٢ والتعليـق علـى نصوص القانون المدني لأنور العمروسي ، مرجع سابق ص٨٥٩ – ٨٦٠.

وبالموازنة بين موقف القانون المدني اليمني وآراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، يتضح أن المشرع اليمني لم ينظم مسألة هلاك الأشياء المخير فيها تنظيماً وافياً ، بل اكتفى بتنظيم صورة من صور الهلاك ، ويبدو أن مسلكه هذا غير صائب ؛ لأنه يتوجب عليه أن ينظم جميع صور هلاك الأشياء المخير فيها بالاعتماد على آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، لاسيما وأن المرجع في تفسير نصوص القانون المدني اليمني، وتطبيقاته هو الفقه الإسلامي كما ذكرت المادة (١٨) من القانون المدني اليمني ، والمادة (٣) من الدستور اليمني النافذ[١] التي نصت على أن: "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات" ؛ ولذا فالأحرى بالمشرع اليمني أن يأخذ الأحكام في هذه المسألة من الفقه الإسلامي طالما ، وأن الفقه الإسلامي قد تناول هذا الأمر تفصيلاً .

رابعاً : تبعة تعيب الأشياء المخير فيها:

تناول المشرع اليمني حالة وحيدة من حالات تعيب المبيع في العقد المشتمل على خيار التعيين، وهي الحالة التي يتعيب فيها أحد الشيئين المخير فيهما في يد البائع (قبل القبض) ، حيث نصت المادة (٤٨٥) في شطرها الأخير على أنه: " ...إذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيها شاء إلا إذا تعيب أحدهما في يده فليس له أن يلزم المشتري به أو بغيره إلا برضاه" . [٢]

أما المواد المتعلقة بالالتزام التخييري فلم يشر المشرع فيها إلى مسألة تعيب الأشياء المخير فيها بل ترك ذلك للقواعد العامة .

وعند الوقوف حول ما ورد في الشطر الأخير من المادة (٤٨٥) المذكورة سلفا ، يتبين أن الخيار إذا كان للبائع فمن حقه أن يلزم المشتري بأي واحد من الأشياء المخير فيها، بمعنى أنه إذا اختار البائع أحد الأشياء المخير فيها وجب على المشتري أن يقبل هذا الشئ المختار ، ولا يحق له أن يعارض ؛ لأن الخيار ليس له بل للبائع ، والبائع من

---

(١) راجع :الدستور اليمني المعدل ص١١ ، مطبوعات التوجيه المعنوي ، صنعاء ٢٠٠١م .

(٢) وقد ورد هذا النص في المادة ٤٩٢ من القانون المدني اليمني الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م ولم يطرأ عليه أي تعديل .

حقه أن يختار ما يناسبه ، غير أن الأشياء المخير فيها قد يحدث لها عيب وهى فى يـد مالكها (البائع) .

فلو فرضنا أن البائع قد باع للمشترى سيارتين ، ثم إن العيب قد حـدث لواحـدة منهما، وهي بيد البائع فعندئذ ليس من حق البائع أن يلزم المشترى بالسيارة التى حدث لها العيب ، ولكن من حق المشترى أن يأخذها بعيبها ويدفع ثمنها للبائع ، ولا يحق للبـائع كذلك أن يلزم المشترى السيارة السليمة ،ومع ذلك يجوز للمـشترى أن يأخـذها بثمنهـا المسمى إذا رضي بها.

وقد عللت المذكرة الإيضاحية مسلك المشرع هذا حيث ذكرت أنه لا يجوز للبائع أن يلزم المشتري بأخذ الأشياء الباقية إلا بعد رضاه لما لابس التعيين من أمر لم يكن وارداً هو تعيب أحد الأشياء المخير فيها[١].

وبالموازنة بين ما ورد فى المادة (٤٨٥) ، وما ورد عند الفقهـاء المجيـزين لخيار التعيين يتضح أن المشرع اليمنى لم يأخذ برأى الأحناف على إطلاقه حيث إنه قـد أشار إلى أن الأشياء المخير فيها إذا تعيبت في يد البائع فلا يصح لــه إلـزام المـشترى بالشيء الذي تعيب .

وقد اتفق المشرع اليمني مع الأحناف في هذا الأمر، غير أنه قد خـالفهم فـي المسألة الأخرى، حيث إنه منع البائع صاحب الخيار من إلزام المشتري بالـشيء الآخـر الذي لم يتعيب(السليم) ، وفي هذا الأمر لم يكن المشرع اليمني موفقاً ؛ لأنه تجاهل حـق البائع ، فالبائع هو صاحب الخيار، ومن حقه أن يلزم المشتري بالشيء السليم الـذي لـم يتعيب طالما إن خيار التعيين له، وليس للمشتري؛ ولذا لا يحق للمشتري أن يرفض ذلك بحجة أنه كان يريد الذي لم يتعيب ؛ لأن الخيار ليس له ، وإنما للبائع وحده ، وهـذا مـا ذكره الأحناف صراحة ، وكان الأحرى بالمشرع اليمنى أن يسلك مسلكهم.

وأما التعليل الذي ذكرته المذكرة الإيضاحية فهو غير مقنع ، ولا أعلم الحكمـة التـي توخاها المشرع من ذلك ؛ لأن تعيب أحد الأشياء المخير فيها لا يمنع البائع من اسـتعمال خياره في الشيء الذي لم يتعيب ؛ لأن الخيار للبائع كما ذكرنـا ، ولـيس للمـشتري ،

---

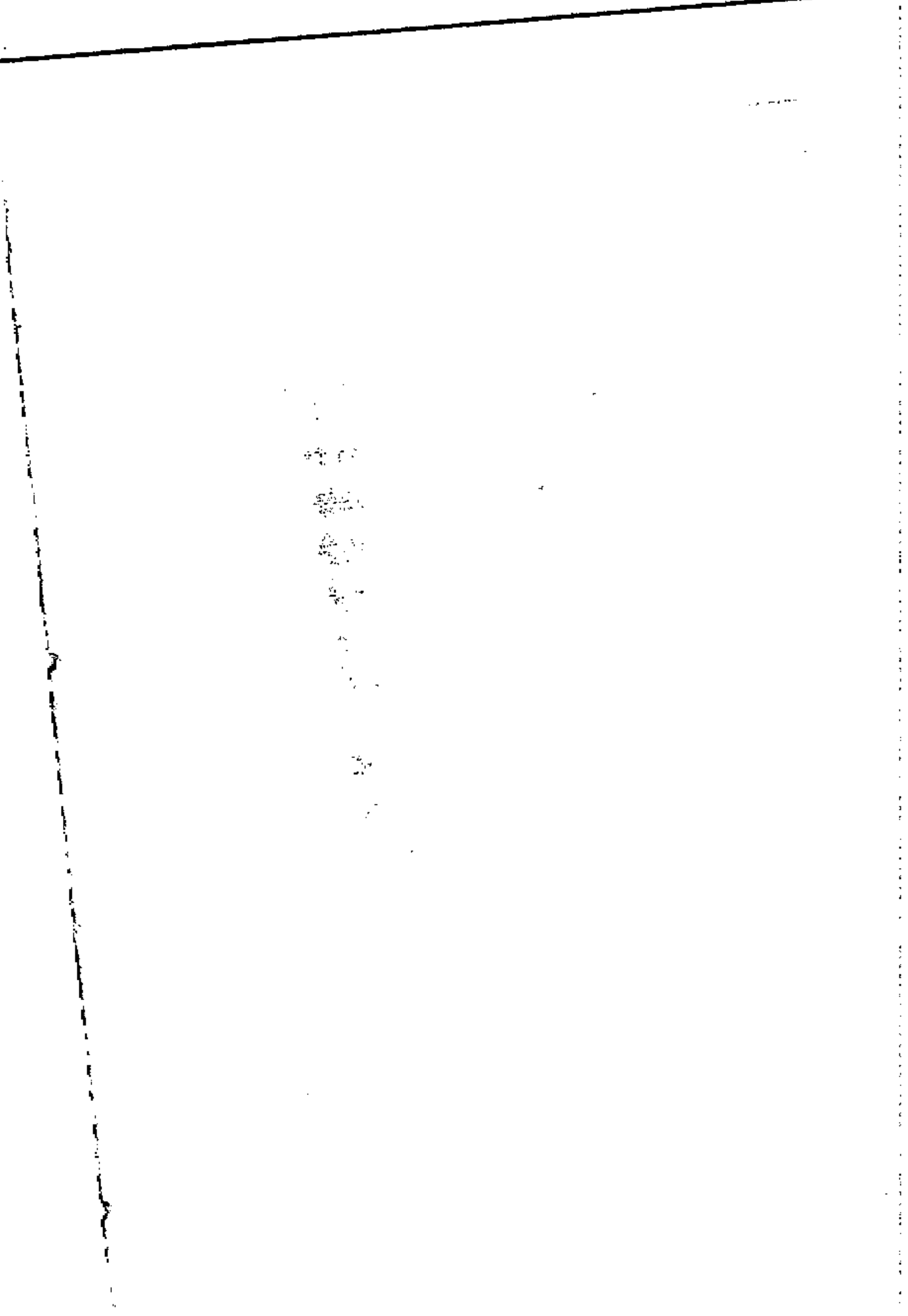
(١) راجع :المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني ، الكتاب الثالث ص٢٤١.

والخيار سلطة بموجبها يستطيع البائع أن يلزم المشتري بالشيء السليم الذي لم يتعيــب ، أما الذي تعيب فلا يحق للبائع أن يلزم المشتري به ، وهذه مسألة واضحة لاغبار عليها .

ويلاحظ أخيراً أن المشرع اليمني لم يتناول حكم تعيب الأشياء المخير فيها فى يد المشترى عندما يكون الخيار للبائع أو للمشترى ، أو تعيبها فى يد البائع إن كان الخيــار للمشترى، كل هذه الأمور لم يعالجها المشرع اليمنى فى أحكام خيار التعيين ، وقد عالجها الفقهاء علاجاً صائباً يحسن بالمشرع اليمنى أن يسلك مسلكهم لتستقيم النصوص ، ويظهر أثرها في التطبيق العملي.

خامسا: موازنة بين القانون المدني، وآراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين:

بعد أن تم استعراض آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين في مســألة الآثـــــار المترتبة على خيار التعيين ، وبيان موقف القانون المدني اليمني من جميع هذه الآثـــــار يتضح أن القانون المدني اليمني قد نظم بعض الآثار الناشئة عن خيار التعيــين؛ حيــث ذكــر فـــي المادتين(٤٨٥ و ٢٧٢) صفة العقد مع خيارالتعيين ، وبين كذلك أثر الخيــار في ملكيـــــة المبيع ، وذكر صورة واحدة من صور هلاك الأشياء المخير فيهـــا، وكــذا صورة من صور تعيب الأشياء المخير فيها ، وقد اتفق موقفه في هذه الأمور مـــع آراء الفقهاء المجيزيـــــن لخيار التعيين ، وتم شرح ذلك في محله ، ولكن مع ذلك يلاحظ أن القانون المدني اليمني قــــد سكت عن تنظيم بعض الآثار المهمة ؛ حيث لم ينظم مـــسألة تسليم البد لين فــــي خيــــــار التعيين، ولم ينظم حكم الملكية عند اقتران خيار التعيين بخيار الشرط ؛ ولذلك آمل مـــن المشرع اليمني أن يسلك مسلك الفقهاء المجيزين لخيـــار التعيين حتى ينجلـــي الغموض في بعض الأمور، وتتسق بذلك أحكـــام القـــانون المـــدني اليمني مع أحكام الفقه الإسلامي .



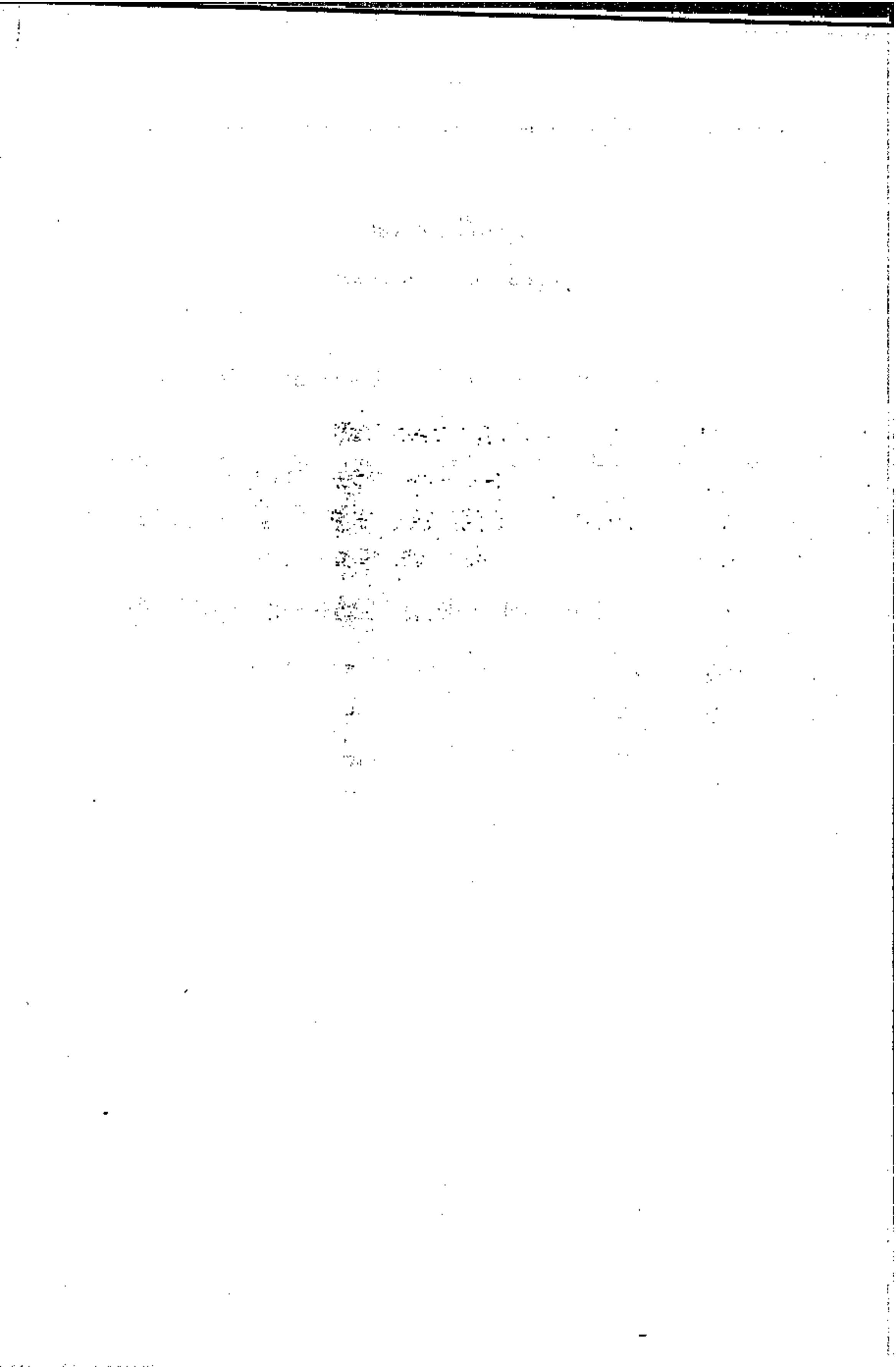
المبحث الثاني
مسقطات خيار التعيين

تمهيد وتقسيم :

خيار التعيين حق مؤقت ينشأ باتفاق الطرفين ، ويسقط عند استعماله أو عند فوات مدته، أو عند هلاك الأشياء المخير فيها ، أو غير ذلك من المسقطات ، وقد خُصص هذا المبحث لدراسة مسقطات هذا الخيار عند الفقهاء المجيزين له ، وفي القانون المدني اليمني، وتفصيلاً لذلك تم توزيع هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول : مسقطات خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين له .

المطلب الثاني : مسقطات خيار التعيين في القانون المدني اليمني .



المطلب الأول

مسقطات خيار التعيين عند الفقهاء المجيزين له .

ذكر الفقهاء المجيزون لخيار التعيين مجموعة من الأمور التي يسقط بسببها خيار التعيين ، وسيتم في هذا المطلب دراسة هذه المسقطات على النحو الآتي :

أولاً : الاختيار صراحة أو دلالة :

(أ) الاختيار صراحة :

هو كل قول يدل على الرضا بالمبيع [١] مثل الأقوال الصريحة التى تدل على اختيار أحد الأشياء المخير فيها ؛ كأن يقول المشترى إذا كان مخيراً في ثوبين اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو أخذته، وما يجرى هذا المجرى ؛ لأنه لما اختار أحدهما فقد عيَّن ملكه فيه ، وعندئذ يسقط خيار التعيين، ويلزم البيع [٢] .

وكذلك إذا كان الخيار للبائع وقال قد ألزمت هذا المبيع إلى المشترى أو عينت هذا مبيعاً فيكون ذلك تعييناً صراحة من قبل البائع، وبذلك يكون البائع قد أسقط خياره صراحة[٣] .

ويترتب على الاختيار الصريح سقوط الخيار عن صاحبه بمجرد الاختيار ؛ فإذا اختار أحدهم أحد الأشياء المخير فيها فقد سقط خياره ، ولا يجوز له أن يستعمل الخيار مرة أخرى لاسيما إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر ، فإذا اختار المشترى أحد الثوبين فلا يحق له أن يرجع فى خياره، ويختار الآخر ؛ لأن الخيار يستعمل مرة واحدة[٤] ، ولكن

---

(١) راجع : شرح المجلة لسليم الباز ، مرجع سابق ص١٦٩ .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكسانى ج٧ ص٢٧٦ .

(٣) راجع : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ، مرجع سابق ج١ ص٢٦٧ .

(٤) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٦ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر، مرجع سابق ، ج١ ص٢٦٦ .

مع ذلك يجوز للمشتري أن يرجع في الاختيار، ويختار الشيء الآخر إذا رضـي بـذلك الطرف الآخر[١] .

(ب) الاختيار دلالة :

وهو كل فعل يدل على الرضا بالمبيع ؛ مثل التصرفات التى تكـون دالـة علـى اختيار الملك[٢] ؛ فلو كان الخيار للمشترى وعرض أحد الأشياء المخير فيهما للبيـع أو أجرّها ، أو قام بصبغ أحد الثوبين المخير فيهما أو قام بتأجير الـدار المخيـر فيهـا أو ترميمها أو إحداث تعديلات فيها أو نحو ذلك ، فهذه التصرفات تدل على أن المشترى قد استعمل خياره، ورضي بالمبيع ، وعليه أن يدفع للبائع ثمن الشيء الذي اختاره ، ويـرد الأشياء الأخرى إلى البائع لأنها أمانة.

وكذلك لو كان الخيار للبائع وتصرف فى أحد الشيئين المخير فيهما تصرف الملاك فخياره يسقط ، ويتعين الآخر مبيعاً ؛ كأن يقوم ببيع أحد الشيئين المخير فيهما ، أو يقـوم بدفع أحد الشيئين للمشترى[٣] فتصرفاته هذه تدل على أنه قد استعمل خياره .

على أنه ينبغى التمييز بين التصرفات التى تدل على نقل الملك ، وتلك التى يقـوم بها صاحب الخيار ، ولكن لا يقصد بها نقل الملك ؛ كالتصرفات التى تكون بهدف تجربة المبيع ؛ كأن يركب المشترى الفرس لمعرفة قدر سيره أو تجربة السيارة لمعرفة حركتها أو سرعتها ونحو ذلك ، فكل هذه الأفعال تدل على تجربة المبيع ، ولا يهدف المـشتري منها نقل الملك ، ولكن يهدف إلى التثبت من أن هذا المبيع يستحق الاختيار ؛ لأن من حق المشترى تجربة المبيع بهدف اختيار الأوفق والأرفق له ، وقد أجاز الفقهاء تجربة المبيع

---

(١) راجع : جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٢ .

(٢) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٦ ، وشرح المجلة لسليم الباز ، مرجع سابق ص١٦٩ .

(٣) راجع : تحفة الفقهاء للسمرقندى ج٢ ص١٠٠ ، وحاشية الدسـوقى ج٤ ص١٦٠ ، ودرر الحكـام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر مرجع سابق ج١ ص٢٦٧ ، وشرح المجلة لسليم الباز ، مرجع سـابق ص١٦٩ .

على حسب مقتضى الحال، وعادات الناس [١] ، على أن الاختيار يجب أن يكون صريحاً، ولا يجوز بالقلب ؛ لأن الأحكام تتعلق بالظاهر لا بالباطن[٢]

وإذا قام الشخص صاحب الخيار بالاختيار فهل يجب عليه إخطار الطرف الآخر بالاختيار أم لا ؟

الحقيقة لم أجد جوابًا شافياً عند الفقهاء المجيزين لخيار التعيين، حيث لم يذكروا هذا الأمر في الأحكام المتعلقة بخيار التعيين، وإنما ذكروا ذلك عند الحديث عن مسقطات خيار الشرط ، واختلفت أقوالهم في ذلك، وقد رجحت حينها الرأي القائل بضرورة إخطار الطرف الآخر في حالة الفسخ، وهذا الرأي يصلح تطبيقه على خيار التعيين إذا اقترن بخيار الشرط ؛ لأنه يحق لصاحب الخيار هنا أن يفسخ العقد بسبب اقتران خيار الشرط بخيار التعيين .

أما في حالة خيار التعيين المجرد فإنه يصعب تطبيقه ؛ حيث لا مجال للحديث عن الفسخ ؛ لأنه يجب على صاحب الخيار أن يختار واحداً أو أكثر من الأشياء المخير فيها ، ولا يحق له ردها جميعاً لمالكها .

ومع ذلك يبدو أنه يتوجب على صاحب الخيار أن يخطر الطرف الآخر بما اختاره من الأشياء المخير فيها حتى يندفع الضرر عنه (الطرف الآخر) ؛ فلو فرضنا أن الخيار للمشترى ، وأنه قد اختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ، ولم يخطر البائع بذلك وما زالت المدة باقية ، فسكوت المشترى من شأنه أن يفوّت بعض المنافع على البائع؛ لأن الأخير قد يحتاج إلى الأشياء التي بحوزة المشترى غير المختارة ، ومعلوم أن التجارة في هذا العصر تقوم على السرعة، والمرونة ، والإخطار أمر ميسور في زماننا هذا لتعدد وسائل الاتصالات .

---

(١) راجع : تحفة الفقهاء للسمرقندى ج٢ ص١٠٠ ، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٩٥ .

(٢) راجع : جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج٢ ص٢٤٢

ثانياً : مضي مدة خيار التعيين :

قد تنتهي مدة خيار التعيين دون أن يختار من له الخيار سواء أكان الخيار للمشترى أم للبائع ، وقد يكون العقد مع خيار التعيين وحده أو مع الخيارين معاً (خيـــار التعيـــين وخيار الشرط) .

وعندئذ يثور التساؤل عن مدى تأثير فوات المدة فى الخيار ، فهل يسقط هذا الخيار بزوالها أم أن المدة ليس لها تأثير فى ذلك ، وإذا فاتت المدة فهل يتم إلزام صاحب الخيار بالاختيار أم لا ؟

الواقع لم تتفق كلمة الفقهاء المجيزين لخيار التعيين في الإجابة عن هذا السؤال ؛ حيـــث انقسمت آراؤهم على قولين :

القول الأول : للأحناف، وللزيدية في الراجح عندهم ، وقد ميزهؤلاء بين الصورتين اللتين فيهما خيار التعيين فقد يكون خيار التعيين وحده ، وقد يقترن بخيار الشرط ، ولكل صورة من هاتين الصورتين حكمها عندهم :

الصورة الأولى : في حالة وجود خيار التعيين وحده

قال الأحناف : إذا انتهت المدة ولم يختر من له الخيار فإنه يجب إلزامه على أن يعين الشئ الذى يأخذهُ ، وإلزامه هنا منعاً للضرر الذى قد يلحق بالطرف الآخر[1].

وذكر الزيدية هذا الأمر بتفصيل أكثر ؛ إذ قالوا إن مدة خيار التعيين إذا مضت دون أن يقوم صاحب الخيار بالتعيين يجب تكليفه بالتعيين ، فإذا كان الخيار للمشترى مثلاً فيجب تكليفه بتعيين المبيع فإذا امتنع عن الاختيار فعندئذ يقع على الحاكم أن يحبسه حتى يعين، وإذا لم يمتثل عيَّن الحاكم بدلاً عنه [2] ، وبناء على ذلك يتضح أن القاضي يتـــولى في نهاية الأمر الاختيار إذا رفض صاحب الخيار أن يختار .

---

(١) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٣ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلـــى حيـــدر ، مرجع سابق ج١ ص٢٤٦ – ٢٦٥ ، وقد نصت المادة (٣١٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن "من له خيار التعيين يلزم عليه أن يعين الشئ الذى يأخذه فى انقضاء المدة التى عينت" .

(٢) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٤ – ٣٩٥ .

- الصورة الثانية (في حالة اقتران الخيارين ببعض) :

وفي هذه الحالة إذا مضت مدة الخيار دون أن يختار من له الخيار فخيار الشرط يسقط بانقضاء المدة دون اختيار وينبرم البيع في أحد المبيعات ، ويجبر صاحب الخيـــار على التعيين، وفي هذا الصدد قال ابن الهمام [١] : "ولو مضت الثلاثة قبـــل رد الـــشيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين".

ويعني ذلك أن المدة المحددة لخيار الشرط إذا مضت بطل خيـــار الـــشرط ، وصار العقد لازماً في واحد غير معين من الأشياء المخير فيها [٢]، وقال الزيدية :يبطل خيار الشرط بمضى المدة وينبرم العقد ويلزم في أحد الشيئين المخيـــر فيهمـــا ،وعلـــى صاحب الخيار أن يختار [٣] .

وخلاصة رأي الأحناف، والزيدية أن مدة خيار التعيين العاري عن خيار الشرط إذا مضت دون أن يختار صاحب الخيار سقط خياره ، ويجـــب علـــى القاضـــي أن يلزمـــه بالاختيار بناء على طلب العاقد الآخر فإذا امتنع يجب على القاضي حبسه حتى يختـــار ؛ فإن أصر على عدم الاختيار اختار القاضي بدلا عنه ، أما إذا مضت مدة خيار التعيـــين المقترن بخيار الشرط ؛ فخيار الشرط يسقط ، ويلزم العقد في أحد الأشياء المخير فيها ، وعندئذ يقع على صاحب الخيار أن يعين ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ، فإذا امتنـــع وجب أن يطبق عليه الإجراءآت سالفة الذكر .

<u>القول الثاني</u> : للمالكية وقد ميزوا بين خيار التعيين المجرد(غير المقترن بخيـــار الشرط)، وخيار التعيين المقترن بخيار الشرط ، وذلك من خلال الصورتين الآتيتين:

---

(١) راجع : شرح فتح القدير ج٥ ص٥٢٣ ، راجع كذلك : البناية في شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٨٤ ، والتاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٤ - ٣٩٥ .

(٢) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٤ - ٥٥ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٦ ص٢٥ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٢٦٥

(٣) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٣٩٤ - ٣٩٥ ، وجـــاء فيهـــا : "وإن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه ، وهو جواز أن يرد كلا الثوبين إلى ثلاثة أيام ... ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين " .

- الصورة الأولى : (فى حالة وجود خيار التعيين وحده)

فى هذه الحالة قالوا إذا مضت مدة الخيار دون أن يختار صاحب الخيار فلا يجبر على التعيين عندهم ، بل يلزمه النصف من كل منهما فإذا انحصرت الأشياء المخيــر فيها فى اثنين ، فواحد منهما لازم له، وخياره محصور فيه ، وإذا مضت المــدة دون أن يختار فإن واحداً منهما قد لزمه، ولكن لا يعلم ما هو منهما ، لذلك وجب أن يكون شريكاً فيهما [١] ، بمعنى أنه يلزمه النصف من كل منهما.

وهناك رأي لبعض الزيدية يتفق إلى حد ما مع ما قــرره المالكيــة ؛ إذ يــرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يجب تكليف صاحب الخيار بالاختيار إذا مضت مــدة الخيــار دون أن يختار ، بل يقال له اختر أو اترك ؛ لأن سكوته حتى مضى المدة دليل على أنـــه قد ترك الاختيار[٢] .

- الصورة الثانية : (عند اقتران الخيارين ببعضهما) :

يرى المالكية في هذه الحالة أن مدة الخيار إذا فاتت، ولم يختر صاحب الخيار فلا يلزمهُ شيء من الأشياء المخير فيها ؛ لأن تركه الاختيار حتى مضى المدة دليل على أنه قد رجع عن البيع ، وسواء أكان المبيع بيده أم بيد البائع ؛ لأن البيع لم يقع علـــى معــين فيلزمه، ولا على لزوم أحدهما فيكون شريكاً فيه .

وفي هذا الصدد قال عليش [٣] : "وإن اشترى أحدهما ليختاره وهو فيما يختاره بالخيار فمضت مدة الخيار وما ألحق بها وهما بيده ولم يختر واحداً منهما فلا يلزمه شيء منهما إذ لم يقع البيع على معين فيلزمه ولا على إيجاب أحدهما فيكون شريكاً فيه، ومــن باب أولى إذا كانا بيد البائع " .

---

(١) راجع : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ج٤ ص١٧٤ ، ومواهــب الجليــل للحطــاب ج٤ ص٤٢٦ ، وشرح منح الجليل على مختصر خليل لعليش ج٥ ص١٤٣ – ١٤٤ وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٤ .

(٢) راجع: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ج٣ ص٩٥ .

(٣) راجع : شرح منح الجليل على مختصر خليل ج٥ ص١٤٣.

وقال الخرشي[١] :" وفي اشترائه أحدهما على الاختيار ثم هـو فيمـا يختـاره بالخيار إذا مضت أيام الخيار ولم يختر لا يلزمه شيء منهما لانقطاع اختيـاره بمـضي مدته، وسواء كانا بيده أو بيد البائع إذ لم يقع البيع على معين فيلزمه ولا علـى إيجـاب أحدهما فيكون شريكاً"

هذه هى آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين فيما يخص مـضى مـدة خيـار التعيين ، ولم أقف للإباضية على رأى محدد فى هذه المسألة .

ومن كل ما تقدم يتبين أن ما ذهب إليه الأحناف، والزيدية هو الراجح للحجج القويـة التى ذكروها ؛ ولأن هذا الرأي يتناسب مع حاجة الناس، والواقـع المعـيش ؛ إذ يحقـق مصالح الأطراف ؛ فالمعلوم أن صاحب الخيار قد اتفق مع الطرف الآخر علـى خيـار التعيين ، وهو يعلم يقيناً أن العقد لازم فى واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها ، ثم إذا تنصل ، ورفض أن يختار فمعنى ذلك أنه قد أخل بالاتفاق الذى أبرمه مع الطرف الآخر ، وعندئذ فإن إجباره على الاختيار أمر ليس فيه غضاضة ، حيث يتولى القـضاء إجبـاره على الاختيار ، لما للقضاء من قدرة على رفع المنكر والظلم بين النـاس ، لاسـيما وأن البائع قد يتكبد خسائر فادحة إذا كانت الأشياء المخير فيها ذات أهمية اقتصادية كبيـرة ؛ كالمحلات التجارية أو المصانع أو غير ذلك .

أما ما ذهب إليه المالكية فهو لا يستقيم مع واقـع الحيـاة التجاريـة المعاصـرة وتعقيداتها ؛ لأن تقدير المشاركة، وإلزام صاحب الخيار بدفع نـصف الـثمن مـن كـل الشيئين المخير فيهما أمر سيؤدى إلى المشاحنة بين الناس بسبب اختلاف أثمان الأشـياء المخير فيها ، كما أن رأي بعض الزيدية القائل بعدم جواز إلزام صاحب الخيار بالاختيار لا يستقيم مع طبيعة خيار التعيين ؛ لأن العقد مع خيار التعيين لازم فى واحد أو أكثـر من الأشياء المخير فيها ، وبذلك لا مجال لترك الاختيار هذا فيما يخص خيـار التعيـين المجرد غير المقترن بخيار الشرط .

أما عند اقتران الخيارين(خيار التعيين والشرط) ، فرأى الأحناف، والزيديـة فـي المعتمد عندهم، هو الراجح أيضاً ؛ لأن العقد فى خيار التعيين المقترن بخيار الشرط غير

---

(١) راجع : شرح الخرشي على مختصر: خليل ج٥ ص٤٨٤

لازم ، ولكنه يلزم بفوات المدة ، بسبب وجود خيار الشرط ؛ حيث إن خيار الشرط ــ كما تقدم ــ يسقط بفوات المدة المقررة للخيار، ويصير العقد لازما في حق الطرفين ، وهــذا الأمر ينطبق على خيارالتعيين المقترن بخيار الشرط ، مع فارق بسيط ، وهو أن العقد فى خيار التعيين المقترن بخيار الشرط لا يكون لازماً إلا فى الأشياء التى يحــق لــصاحب الخيار أن يختارها، أما في خيار الشرط فالعقد لازم فى كل المبيع .

فلو فرضنا أن البائع قد عرض على المشتري ثوبين ،وقال للمشتري هذا بكــذا ، وهذا بكذا ، وقد بعتك واحداً منهما لا على التعيين ،على أن تختار ما يناسبك منهما ، ثم أنت فيما تختاره بالخيار بين الأخذ والرد في خلال مدة كذا ؛ فعلى ذلك يحق للمــشتري بموجب خيار الشرط المقترن بخيار التعيين أن يأخذ أحد الثوبين فقط ، ويحق له أن يرد الثوبين معاً ،فإذا مضت المدة انبرم العقد، ولزم في واحد من الثوبين فقــط ؛لأن خيــار الشرط يسقط بفوات مدته ، ولم يبق للمشتري سوى خيار التعيين ، ومعلوم أن العقد بخيار التعيين لازم في أحد الشيئين المخير فيهما، وهذا ما ذكره الأحناف، والزيدية فقالوا إذا سقط خيار الشرط يجب على صاحب خيارالتعيين أن يختار، ولا يجوز لــه أن يــرفض الاختيار بأي حال من الأحوال.

ثالثاً : موت صاحب خيار التعيين :

قد يموت صاحب خيار التعيين فى أثناء المدة المقررة للخيار ، وفى هذه الحالة قــد يكون له خيار التعيين وحده ، وقد يكون له خيار تعيين، وخيار شرط معاً، ولكل حالــة حكم محدد عند الفقهاء ،وسيتم توضيح ذلك على النحو الآتي :

(أ) عندما يكون للميت خيار تعيين فقط :

فإذا كان له خيار التعيين وحده فهل يسقط خياره بوفاته أم ينتقل إلى ورثته ؟

الواقع لم يختلف الفقهاء المجيزون لخيارالتعيين في الإجابة عن هذا السؤال اختلافــاً كبيراً ، وإن ظهر هناك بعض التباين بينهم بسبب موقف الأحناف، والزيدية من توريــث الخيارات الشرطية بصفة عامة ، فالأحناف فى هذه المسألة قالوا إنــه لا يثبــت خيــار التعيين للوارث بطريق الوراثة بل بسبب اختلاط ملكه بملك الغير ؛ فلو باع أحدهم مــثلاً ثلاثة أثواب، وحدد لكل واحد منها ثمناً على حده ثم جعل الخيار للمشترى في واحد منها

لا على التعيين فهنا يجب على المشترى أن يختار واحداً منها خلال مدة معينة ، فلو مات المشترى قبل التعيين يكون الوارث مجبراً على تعيين أحدها ودفع ثمنه من تركة مورثه.

ويستوي فى ذلك أن يكون الخيار للمشترى أم للبائع ، فالوارث يقوم مقام مورثه فى التعيين فقط ؛ لأنه كما يحق لصاحب المال أن يعين ماله، ويميزه من مال غيره المختلط به بغير رضاه يحق للوارث كذلك بعد وفاة مورثه أن يميز ويعين ماله الذى ورثه [١]، وقد قال الكاساني [٢] – في هذا الصدد : " ولا يبطل هذا الخيار بموت المشترى ، بل يورث بخلاف خيار الشرط ؛ لأن خيار التعيين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له فى أحدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر" .

وبذلك فإن سبب انتقال الخيار إلى الوارث عندهم هو أن الوارث قد اختلط ملكه بملك غيره ليس إلا ؛ ولذا أجازوا انتقال الخيار إليه ليميز ملكه عن ملك الغير ؛ لأنه بمنزلة الشريك المختلط مالهُ بمال غيره [٣]، على أن الوارث إذا اختار واحداً وجب عليه رد الآخر ؛ لأنه أمانة فى يده [٤] .

والزيدية كذلك قالوا إن مات من له خيار التعيين ، وقد مضت المدة كُلف وارثه التعيين [٥] .

أما المالكية فقد صرحوا بأن الخيار ينتقل إلى ورثة الميت حيث قالوا إن صاحب الخيار إذا مات قام ورثته مقامه [٦] ، ولم يعطوا تعليلاً لذلك كما فعل الأحناف ،

---

(١) راجع : البناية فى شرح الهداية للعينى ج٦ ص٢٩٤ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٧ – ٢٦٨ ، وقد نصت المادة ٣١٩ من مجلة الأحكام العدلية على أن : "خيار التعيين ينتقل إلى الوارث " .

(٢) راجع : بدائع الصنائع ج٧ ص٢٧٨ .

(٣) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٣ .

(٤) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣٢ ، وجاء فيه " لو مات من له الخيار فللوارث رد أحدهما لأن المورث كان مخصوصاً بتعيين ملكه المخلوط برضى صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك إليه مخلوطاً بملك الغير" .

(٥) راجع : التاج المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٤ – ٣٩٥ .

(٦) راجع : الذخيرة للقرافى ج٥ ص٣٥ – ٣٧ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧١ .

ولكن المعروف أن المالكية يجيزون انتقال الخيار للورثة فى الخيارات الشرطية جميعاً ، وهذا بخلاف الأحناف ،والزيدية الذين منعوا انتقال خيار الشرط إلى الورثة عنـــد مـــوت مورثهم .

ومما تقدم أخلص إلى نتيجة مفادها أن صاحب خيار التعيين إذا مات، وله خيار التعيين فقط ، فخياره ينتقل إلى ورثته، ويجب عليهم الاختيار، ولا يجـــوز لهـــم رفـــض الاختيار ، وإذا تعددوا يجب عليهم أن يتفقوا على اختيار ما يناسبهم في خلال مدة الخيار؛ فإذا مرت المدة دون أن يتفقوا ، وجب على القاضي إلزامهم بالاختيار، وإذا رفضوا تولى القاضي الاختيار بدلا عنهم، وهذا ما ذكره الأحناف، والزيدية فيمـــا يخـــص مـــورثهم ، وينطبق على الورثة ما ينطبق على مورثهم .

<u>(ب) عندما يكون للميت خيار تعيين وخيار شرط معاً :</u>

إذا مات صاحب خيار التعيين المقترن بخيار الشرط فهل يسقط خياره أم ينتقل إلى ورثته إن كان له ورثه ؟

الحقيقة لم تتفق كلمة الفقهاء المجيزين لهذا الخيار في الإجابة عن هـــذا الـــسؤال؛ حيث انقسمت آراؤهم على قولين :

<u>القول الأول</u> : للأحناف، والزيدية ويرى أصحاب هذا القول أن خيار الشرط يبطل بموت صاحبه، ولا ينتقل إلى الورثة ، بل يبقى لهم خيار التعيين فقط ، وعليهم أن يعينوا واحداً من الأشياء المخير فيها .

فالأحناف تناولوا هذه المسألة عند حديثهم عن خيار التعيين المقترن بخيار الشرط، حيث قالوا إذا مات صاحب الخيار خلال مدة الخيار بطل خيار الشرط بالموت ، وبـــذلك يبطل الحكم المختص به ، وهو ولاية رد الأشياء المخير فيها جميعاً [١] ، ومن ثم يبقـــى للورثة خيار التعيين فقط ، ويقع عليهم أن يختاروا واحداً من الأشياء المخير فيها إن كانت ثلاثة، ويردوا الباقي للبائع ، ولا يحق لهم رد الجميع ؛ لأن خيار الشرط قد سقط .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني جـ٧ ص٢٧٨ ؛ وشرح فتح القدير لابن الهمام جـ٥ ص٥٢٣.

وفى هذا الصدد قال بعض الأحناف: "...ولو شرط معه خيار الشرط وهلك من له الخيار بطل خيار الشرط وثبت للوارث خيار التعيين حتى لا يملك الوارث ردهما وإذا اختار أحدهما بقى الآخر أمانة"[١] .

والواضح أن الأحناف قد أسقطوا الخيار بموت صاحبه ؛ لأن خيار الشرط في نظرهم مجرد مشيئة وإرادة تثبت للشخص فإن مات لا تنتقل إلى غيره[٢]، وبذلك فإن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين يسقط بموت من كان له الخيار، وبعد ذلك يقع على الورثة فرز ملكهم المختلط بملك الغير[٣] ؛ لأن العقد قد صار لازماً لهم بموت مورثهم في واحد من الأشياء المخير فيها، ومن ثم فلا يحق لهم رفض الاختيار.

وأما الزيدية فرأيهم ؛ كالأحناف فهم يرون أن خيار الشرط يسقط بموت صاحبه[٤]، ويبقى للورثة خيار التعيين ، ويجب عليهم تعيين ملكهم بموجب هذا الخيار .

<u>القول الثاني</u> : للمالكية ، ويرون أن خيار الشرط لا يسقط إذا مات من له الخيار ، بل ينتقل خياره إلى ورثته،وفقاً لشروط محددة ذكرها المالكية [٥] سلفاً عند حديثهم عن مسقطات خيار الشرط ، كما أنهم قالوا إن صاحب خيار التعيين إذا مات انتقل خياره إلى ورثته ، وقاموا مقامه في تعيين واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها [٦] .

وإذا جمعت القولين تبين بجلاء أن خيار التعيين إذا اقترن بخيار الشرط لا يسقط الخيار إذا مات صاحبه بل ينتقل إلى ورثته ، ومن حق الورثة أن يعينوا الشيء الذى يناسبهم ، وهم فيما يختارون بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه ، فإن أمضوا العقد صار البيع لازماً لهم فى الشيء الذي تم اختياره ، ووجب عليهم رد الباقى إلى البائع إن كان

---

(١) راجع : الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥ .

(٢) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٥ .

(٣) راجع : شرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٣ .

(٤) راجع : التاج المذهب للعنسى الصنعانى ج٢ ص٤٠٥ ، وعيون الأزهار لابن المرتضى ص٢٦٨ .

(٥) راجع : شرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٧١ ، والذخيرة للقرافى ج٥ ص٣٥ – ٣٧ ، وكتاب المنتقى للباجى ج٥ ص٥٩ .

(٦) راجع : الذخيرة للقرافى ج٥ ص٣٥ –٣٧ .

مورثهم هو المشترى (صاحب الخيار) ، أما إذا فسخوا العقد فيقع عليهم رد جميع الأشياء المخير فيها ؛ لأن العقد غير لازم لهم بسبب اقتران خيار الشرط بخيار التعيين .

وبالموازنة بين القولين يتضح أن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح ؛ لأن العقد مع خيار التعيين المقترن بخيار الشرط غير لازم فى حق المورث بسبب ارتباط خيار الشرط بخيار التعيين ، وبذلك فالعقد غير لازم فى حق صاحب الخيار ، فله أن يأخذ ما يناسبه أو يرد جميع الأشياء المخير فيها ، وإذا مات صاحب الخيار فالعقد ينبغى أن يكون غير لازم كذلك فى حق الورثة أسوة بمورثهم ، وهذا من مقتضيات العدالة ؛ لأن المال انتقل إليهم من مورثهم كبقية الأموال التى يتركها المورث ، وبذلك فإن تطبيق هذا الرأى فى الواقع العملي من شأنه أن يرفع الحرج عن الناس ، ويتيح للورثة ممارسة الخيار فى حالة موت مورثهم ، والله أعلى وأعلم بالصواب .

رابعاً : حالات الجنون والإغماء وغيرهما من العوارض :

قد يحدث لصاحب خيارالتعيين عارض من العوارض التى تصيبه، ولا تؤدى إلى الوفاة ؛ كالجنون والإغماء ونحوهما ، والملاحظ أن الفقهاء المجيزين لخيار التعيين لم يتناولوا هذه العوارض في الأحكام الخاصة بخيار التعيين عدا الزيدية الذين قالوا إذا جُن من له خيار التعيين ناب عنه وليه ، وإذا ارتد يكون الخيار لوارثه ، وإذا كان الورثة صغاراً تولى الخيار ولي مالهم [١] .

وقد تناول بقية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار هذه المسألة عند حديثهم عن العوارض التى تصيب الشخص صاحب خيار الشرط ، واختلفوا حولها حيث ذهب المالكية ،والإباضية [٢] إلى أن خيار الشرط لا يسقط إذا تعرض صاحبه للجنون أو الإغماء ، بل ينتقل الخيار إلى من يقوم مقامه من الورثة أو الحاكم ، أما الأحناف [٣] فقد قالوا إن الخيار يسقط بهذه الطوارئ ويلزم العقد ، وقد تم بسط القول في هذا الأمر فى

---

(١) راجع : التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعانى ج٢ ص٣٩٤ – ٣٩٥ .

(٢) راجع : مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٢٢، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٢٧٢ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٦٧ .

(٣) راجع : كتاب الأصل لمحمد ج١ ص١٢٥ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٤٣ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٢٠ .

محله ، وتبين رجحان رأى المالكية ومن سلك مسلكهم للحجج التى أوردوها ، وسبق ذكرها [(١)] .

خامساً : هلاك الأشياء المخير فيها أو تعيبها :

لقد مضى الحديث عن تبعة الهلاك فى الأشياء المخير فيهما فى المبحث المخصص لآثار خيار التعيين ، غير أنني هنا أحاول ذكر حالات الهلاك التى تؤدى إلى سقوط خيار التعيين ،فأقول إن هلاك جميع الأشياء المخير فيها بيد البائع (قبل القبض) يؤدى إلى سقوط خيار التعيين سواء أكان الخيار للمشترى أم للبائع[(٢)] .

كما يسقط خيار المشترى إذا قبض الشيئين المخير فيهما ، وهلك واحد منهما بيده؛ لأن الهالك يتعين للبيع أما السليم فهو أمانة يجب رده إلى مالكه ، وهذا يسمى عند الأحناف التعيين الضرورى [(٣)] ؛ لأن خيار المشترى يسقط ويفرض عليه التعيين حتى وإن كان الهلاك بلا تعد ولا تقصير منه ، قال ابن الهمام [(٤)] -فى هذا الصدد- :"ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع المشترى ووجب على المشترى دفع ثمن الهالك أو المتعيب ، وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالعيب " .

ويسقط خيار المشترى كذلك إذا هلكا بيده فى لحظة واحدة أو على التعاقب ، فإذا هلكا على التعاقب فالهالك أولاً يتعين للبيع ؛ والثاني أمانة يرد إلى مالكه ، كما يسقط خيار التعيين بالنسبة للمشترى أيضاً إذا تعيب أحد الشيئين المخير فيهما فى يده حيث يتعين

---

(١) تقدم ذلك فى الفصل الثالث من الباب الأول ، مسقطات خيار الشرط ، ص ٢١٦ .

(٢) راجع :الفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٦ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٥٢٤ ، والذخيرة للقرافي ج٥ ص٤٣ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ج٥ ص٤٨٤ ، والتاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي الصنعاني ج٢ ص٣٩٤ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش ج٩ ص٢٨٢

(٣) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص٢٧٦ - ٢٧٧ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٦ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداما أفندي ج٢ ص٣٢ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ج١ ص٢٦٧ .

(٤) راجع : شرح فتح القدير ج٥ ص٥٢٤ - ٢٥٢ .

المعيب للبيع ، ويجب على المشترى أن يدفع ثمنه للبائع ،أما السليم فهو أمانة يرده إلـــى مالكه، وكذلك يسقط خياره إذا تعيبا معاً فى يده كما فى حالة هلاكهما معاً[١].

المطلب الثاني

مسقطات خيار التعيين في القانون المدني اليمني

خُصص هذه المطلب لبيان مسقطات خيار التعيين في القانون المـــدني اليمنـــي، حيث سيتم عرض الأمور التي يسقط بسببها خيار التعيين ، والنصوص القانونيـــة التـــي عالجت هذه المسقطات ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الاختيار صراحة أو دلالة :

لم يحدد المشرع اليمنى شكلاً معيناً لاستعمال حق الخيار ، وإنما ترك هذه المسألة للقواعد العامة ، ومعلوم أن الاختيار، وفقا للقواعد العامة قد يكون صريحاً ، أو ضـــمنياً، وهذا ما ذكره المشرع اليمني في الأحكام المتعلقة بنظرية العقد، وتحديداً في المادة(١٤٨) التي نصت على أن: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومـــة والمتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لـــم يـــنص القـــانون أو يتفـــق الطرفان مسبقاً على أن يكون صريحاً".

ومن هذا النص يتضح أن خيار التعيين يسقط عن صاحبه إذا عبر عـــن إرادتـــه تعبيرا صريحاً أو ضمنياً، أي إذا اختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها صـــراحة أو ضمنيا ، المهم في الأمر أن يعبر صاحب الخيار عن حقيقة إرادته بغير لبس أو غموض؛ فله أن يختار صراحة عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهومة عرفاً، أي تلك التي يعم بين الناس استعمالها في نفس المدلول ، وهذه المسألة ذكرها شراح القـــانون المـــدني أيضا ؛ إذ قالوا إن الاختيار قد يكون صراحة أو دلالة ، وقالوا إن صاحب الخيار يستطيع

---

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢٧٨ ، والفتاوى الهندية لنظام وآخرين ج٣ ص٥٥

أن يستعمل خياره بإعلان إرادته في أنه اختار محلاً من المحال المتعددة ؛ كـأن يقـول اخترت هذا المحل أو رضيت به أو غير ذلك من الألفاظ الصريحة الدالة على الاختيار .

ويستطيع أن يختار دلالة ؛ أي يعبر تعبيراً فعلياً تستخلص فيه الإرادة دلالـة مـن ظروف الحال؛ كأن يكشف عن إرادته في تعيين المحل الواجب الأداء عن طريق التنفيـذ الفعلي ؛ كما لو دفع البائع (صاحب الخيار) أحد الأشياء المخير فيها للمشترى، فإنه يكون بذلك قد استعمل خياره دلالة، ولا يحق له العدول عن تنفيذه إلى محل آخـر إلا برضـا الطرف الآخر[١] ؛ ولذا فإن صاحب الخيار إذا استعمل خياره فإنه قد أعلن عن إرادتـه وتعد هذه الإرادة تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهي ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا اتصلت بعلم المتعاقد الآخر .

ويلاحظ أن القانون المدني اليمني لم يشترط على الطرف الذي له الخيار أن يعلـم الطرف الآخر بما اختاره ، وقد اكتفى في ذلك بالقواعد العامة ، والقواعد العامة تـنص على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم مـن وجـه إليـه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به[٢]، ويعني ذلك أنه يقع على صاحب الخيار إذا استعمل خياره أن يخطر الطرف الآخر بما اختاره من الأشياء المخير فيها، ومع ذلك يبدو أنه كان من المناسب أن يذكر المشرع هذه المسألة في الأحكام الخاصة بخيار التعيـين ، وقد وجدت أن شراح القانون المدني قد أكدوا على مسألة الإخطار ؛ إذ قالوا ينبغي علـى صاحب الخيار أن يقوم بإخطار الطرف الآخر بما استقر عليه[٣] ، فـإذا كـان الخيـار

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور / السنهوري ج٣ ص١٣٦ – ١٣٨ ، وأصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور / جلال العدوى ، مرجع سـابق ص١٤٩ ، ودروس فـي أحكـام الالتـزام للدكتور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله ، مرجـع سـابق ص٢٢٤ ، والمـوجز فـي النظريـة العامـة للالتزام(أحكام الالتزام) للـدكتور أنـور سـلطان ج٢ ص٢٢٢–٢٢٣ ، والنظريـة العامـة للالتـزام للدكتور/توفيق حسن فرج ج٢ ص١١٩ ،والنظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) للدكتور/ حسام الـدين كامل الأ هواني ، مرجع سابق ج٢ ص٢٤٦ .

(٢) راجع : المادة (١٥٠) من القانون المدني اليمني وقد جاء فيها"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على العكس".

(٣) راجع : دروس في نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص٣٣٣ ، والنظريـة العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمود عبد الرحمن محمد ج٢ ص٤٠٨ .

للمشتري مثلا يستطيع أن يستعمل خياره بشرط أن يخطر البائع بما اختاره حتى يستطيع الأخير أن يستفيد من الأشياء التي لم يقع الاختيار عليها .

وبناء على ما تقدم فإن الاختيار قد يقع صراحة أو دلالة ، ويجب أن يصدر من صاحب الخيار قبل انقضاء المدة المحددة للخيار[1]، ويجب إخطار الطرف الآخــر بمــا استقر عليه صاحب الخيار ، وإذا استعمل صاحب الخيار خياره صار الالتزام بــسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار .

ويذهب غالبية شراح القانون[2] إلى الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للخيار ؛ إذ قــالوا يستند تعيين الخيار إلى وقت نشوء العقد ، وبذلك يعد الالتزام بسيطا منذ نشأته ، ولــيس من وقت استعمال الخيار؛ فإذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد الشيئين ثم وقع الخيار علــى واحد منهما، فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشيء من وقت العقد لا من حين الاختيــار[3] ، ويترتب على هذا الرأي النتائج الآتية:

- في عقد البيع إذا كان الخيار للمشتري، وباع البائع أحد الأشياء المخير فيها قبل أن يختار المشتري ثم اختار الشيء الذي باعه البائع ؛ فللمشتري أن يسترد الشيء من المشتري الثاني ؛ لأنه يعد مالكا له من وقت التعاقد لا من وقت استعمال الخيار ، ولكن إذا كان المشتري حسن النية، وكان المبيع منقولا وتسلمه فإنه يــستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وعندئذ يتملــك هــذا الــشيء ، ويرجع المشتري على البائع بالتعويض طبقا لأحكام القواعد العامة.

---

(١) لأن المدة إذا مضت دون أن يختار صاحب الخيار كان هناك حكم آخر سيظهر عند مناقشة المدة وأثرهــا فى سقوط هذا الخيار .

(٢) راجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٣٦ – ١٤٢ ، وأحكام الالتزام بين الشريعة والقانون للدكتور/ طلبه وهبه خطاب ، مرجع سابق ص١٨١ ، وأصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور/ جلال العدوي، مرجع سابق ج٢ ص١٨١ ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ج٢ ص٢٦٠ ، وأصــول الالتزامــات للدكتور/ مختار القاضي مرجع سابق ص٤٠٩ .

(٣) راجع : النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ إسماعيل غانم ، مرجع سابق ص٣٠٨ .

- إذا كان الخيار للمشتري ،وأفلس البائع قبل أن يعين المشتري الشيء المخير فيـــه ،كان لهذا الأخير أن يسترد الشيء الذي وقع اختياره عليه من التفليسة لأنه يعـــد مالكا له من وقت التعاقد لا من وقت الاختيار ،ولا يشاركه فيه بقية دائني البائع ، كما أن ثمار المبيع التي تحصل قبل الاختيار تكون للمشتري(١) .

ومع أن فكرة الأثر الرجعي قد نالت الاستحسان عند كثير من شراح القـــانون المدني كما تقدم ؛ فإن بعضهم قد انكرها وعاب عليها ؛ إذ رأى أنه ليس لاســـتعمال الخيار أثر رجعي ؛ لأن الاستعمال بمثابة تعيين محل الالتزام ، وليس لتعيين محـــل الالتزام أثر رجعي ، كما أن فكرة الأثر الرجعي مجازية لا تتفق مـــع الواقـــع ، ولا يتصور الأخذ بها لعدم وجود النص القانوني الصريح الدال عليها ، ومـــن ثـــم فـــإن الوقائع القانونية بصفة عامة ليس لها أثر رجعي(٢) .

وبالموازنة بين آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين، وما قاله شراح القانون فـــي هذه المسألة يتضح أن الرأيين لا يختلفان إلا في مسألة الأثر الرجعي المتداول عند كثيـــر من شراح القانون المدني ؛ فالفقهاء لا يقولون بفكرة الأثر الرجعي ، بل يقولون إن العقد لازم في واحد أو أكثر لا على التعيين ، بمعنى أنه لازم في واحد أو أكثر من الأشـــياء المخير فيها لا على التعيين ،أي غير معين عند العقد، ولكنه يتعين بالاختيار ، وبذلك فإن الملك يتقرر ابتداءً منذ نشوء العقد ، ومهمة صاحب الخيار تنحصر في فرز ملكه من بين الأشياء المتعددة ؛ فاستعمال الخيار يكشف عن الملك فقط ، أما أصل الملك فقـــد حـــصل بالعقد، ولاشك في أن ما قاله فقهاء الشريعة هو الصواب لتفاديه الغموض الذي يكتنـــف فكرة الأثر الرجعي ؛ولأن رأي الفقهاء يتميز بالوضوح والدقة حيث إنه يبين أن دخـــول

---

(١) راجع : الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/ عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ج٢ ص٢٢٨-٢٢٩، والنظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمود عبد الـــرحمن محمـــد، مرجع سابق ج٢ ص٤٠٩ .

(٢) راجع : دروس في نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص٣٣٣، ونظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور / محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ج٢ ص١٣٤ – ١٣٥ ،و المـــوجز فـــي النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/ أنور سلطان ج٢ ص٢٢٣.

خيار التعيين في العقد لا يؤثر على لزوم العقد ؛ إذ العقد بات من لحظة التعاقد ، أما فكرة الأثر الرجعي فهي فكرة مجازية ، وتدل على أن العقد غير لازم خلال مدة الخيار ، وأن لزومه قد تولد بعد الاختيار ثم ارتد بأثر رجعي إلى وقت التعاقد ، وهذه مسألة فيها من الغموض مافيها ؛ لذلك فالصواب ما ذكره الفقهاء للأسباب التي تقدم ذكرها.

ثانياً : مضى مدة خيار التعيين :

تبين مما سلف أن المشرع اليمنى قد اشترط أن تكون لخيار التعيين مدة محددة يتفق عليها الطرفان ، وهذا ما ورد صراحة فى الشطر قبل الأخير من المادة (٤٨٥) التى نصت على أن "... يكون لأي من المشترى والبائع حق تعيين واحد منهما في مدة يجب تحديدها بالاتفاق" .

وإذا اتفق الطرفان على تحديد مدة معينة لخيار التعيين ، ولكن المدة فاتت دون أن يستعمل صاحب الخيار خياره ، فعندها هل يتم إلزامه من قبل القضاء بالاختيار أم لا؟

الواضح أن المشرع اليمنى لم يعالج هذا الأمر حيث لم أعثر في المادة (٤٨٥) على إجابة شافية للسؤال المطروح أعلاه ؛إذ لم يبين المشرع في هذه المادة الأثر المترتب على مضي المدة في خيار التعيين ،كما أنه قد سكت عن تحديد مدة الخيار فى المواد المتعلقة بالالتزام التخييرى ، ولم يتدخل إلا فى حالة النزاع بين العاقدين حول تحديد المدة عندما يمتنع صاحب الخيار عن استعمال خياره ، حيث نظم ذلك فى المادتين (٢٧٢) و(٢٧٣) ؛ فالمادة (٢٧٢) نصت على أنه: "إذا كان الخيار للملتزم وامتنع عن الاختيار أو تعدد الملتزمون ولم يتفقوا فيما بينهم فإنه يكون لصاحب الحق أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه الملتزم أو يتفق فيه الملتزمون و إلا عين القاضى بنفسه محل الالتزام" .

ونصت المادة (٢٧٣) على أنه: "إذا كان الخيار لصاحب الحق وامتنع أو تعدد أصحاب الحق ولم يتفقوا كان للملتزم أن يطلب من القاضى تحديد أجل للاختيار ، فإذا انقضى الأجل دون اختيار أو اتفاق انتقل الخيار إلى المدين" (١) .

(١) وقد ذكر المشرع اليمنى هاتين المادتين فى القانون المدنى اليمنى الملغى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م دون أن يجرى عليهما أى تعديل . راجع المادتين (٢٧٥ ، ٢٧٦) .

<u>ومن هاتين المادتين تتضح الأمور الآتية :</u>

(١) إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن استعمال خياره أو تعدد الملتزمون (المدينون) ولم يتفقوا فيما بينهم ، فعندئذ يحق لصاحب الحق (الدائن) أن يطلب من القاضي أن يعين أجلاً محدداً ليختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون إن تعددوا ، وعندئذ يحدد القاضي لهؤلاء مهلة معينة يختارون فيها ، فإذا مضت المدة دون أن يختار المدين (الملتزم) أو يتفقوا على الاختيار في حالة تعددهم ؛ فعندئذ يتولى القاضي الأمر بنفسه حيث يختار المحل الواجب الأداء مسترشداً في ذلك بما تتجه إليه نية الطرفين كما لو كان يتضح أن أداء معيناً هو المفضل ، وأن الثاني في ظل ظروف التعاقد كانت له صفة ثانوية ، ويسترشد بنية المدين كون الخيار كان له في الأصل ، كما ينبغي على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار كافة الظروف الملابسة للتعاقد، والعرف المألوف [١] .

(٢) إذا كان الخيار لصاحب الحق (الدائن) وامتنع عن الاختيار أو تعدد أصحاب الحق ، ولم يتفقوا فعندئذ يحق للمدين أن يطلب من القاضي تحديد مهلة ليختار فيها الدائن أو يتفق معه الدائنون المتعددون على الاختيار فإن مضت هذه المدة دون أن يختاروا فعندها لا ينتقل الخيار إلى القاضي ، كما هو الحال في خيار المدين ، بل ينتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، وبذلك يتولى المدين اختيار واحد من الأشياء المخير فيها .

(٣) يلاحظ أن المشرع اليمني قد ميز بين حالة أن يكون الممتنع هو المدين ، وحالة أن يكون الممتنع هو الدائن ، فعند امتناع المدين عن استعمال خياره يجب على القضاء أن يمنحه مهلة للاختيار بناء على طلب الدائن ، وإذا فاتت المهلة ، ولم يختر ينتقل الخيار إلى القاضي الذي يتولى الاختيار بدلا عنه ، أما إذا امتنع الدائن عن الاختيار فتمنح له مهلة للاختيار ، وإذا مرت هذه المهلة ؛ فالقاضي لا يختار بدلاً عنه ، وإنما ينتقل الخيار إلى المدين، وهو الذي يقوم بالاختيار بدلاً عن الدائن .

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون اليمني السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٣٨ ، والنظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) للدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني ، مرجع سابق ج٢ ص٢٤٨،

(٤) إذا كان الخيار للأجنبي وامتنع عن الاختيار فالمشرع اليمنى لم ينظم ذلـك ، ولكن يرى بعض شراح القانون [١] أن خيار الأجنبي لا ينتقل إلى المـدين أو إلى الدائن بل يتولى القاضى الاختيار بدلاً عن الأجنبي .

وبالموازنة بين آراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وموقـف القـانون المدني اليمنى تتضح الأمور الآتية :

(أ) يلاحظ أن الفقهاء المجيزين لخيار التعيين قد اشترطوا أن تكون لخيار التعيـين مدة معينة ، على أن المدة في خيار التعيين إذا فاتت دون أن يختار من له الخيار يكلفه القاضى بالاختيار فإذا لم يختر يحبسه ، وإذا لم ينصع يختار القاضي بـدلاً عنه ، وهذا هو الرأى الذى ظهـر رجحانـه عنـد الفقهـاء المجيـزين لخيـار التعيين(الأحناف و الزيدية) ، في حين أن القانون اليمنى لم يلزم صاحب الخيـار بالاختيار عند انقضاء مدة الخيار ، بل ترك الأمر للعاقدين ، وهذا واضح من نص المادة (٤٨٥).

أما في الأحكام المتعلقة بالالتزام التخييري فلم يذكر المدة من الأساس ، ومع ذلك تدخل المشرع فقط عند وجود النزاع بين المتعاقدين بسبب امتناع صاحب الخيار عن الاختيار ، حيث حدد المشرع أحكاماً لهذه المسألة وردت فى المـادتين (٢٧٢) و (٢٧٣) المذكورتين سلفاً ، وفى هاتين المادتين ألزم المشرع صاحب الخيار باستعمال خياره فى مدة يحددها القاضى بناءً على طلب الطرف الآخر ، وإذا فاتت المدة يختار القاضى بدلاً عن المدين إن كان هو صاحب الخيار ، ويختار المدين بدلاً عن الـدائن إن كان الخيار للدائن .

(ب) يلاحظ أن القانون المدني اليمنى قد ميز بين المدين، والدائن في مسألة الامتنـاع عن استعمال الخيار ، حيث إن الخيار ينتقل إلى القاضى إذا امتنع المدين (صاحب الخيار) عن الاختيار بعد فوات المهلة المحددة له ، فى حـين إذا امتنـع الـدائن

---

(١) راجع : النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور / عبد المنعم البدراوى ، مرجع سـابق ج٢ ص٢٥٩ ، ودروس فى أحكام الالتزام للدكتور / فتحي عبد الرحيم عبد الله ، مرجع سابق ص٢٢٥ .

(صاحب الخيار) عن الاختيار بعد فوات المهلة المحددة له ، فالخيار ينتقــل إلـــى المدين .

وقد سوغ شراح القانون المدني مسلك المشرع هذا بالقول إن الأصل فى الالتزام التخييرى أن يكون الخيار للمدين ، وما دام الخيار للمدين فى الأصل ، فلا يجــوز أن ينتقل إلى الدائن ؛ لأنه سيؤدى إلى تحكم الدائن فى المدين ،حيث سيقع المدين تحــت رحمة الدائن ، وهذا في تقديرهم يتنافى مع القاعدة التي ترجح جانــب المــدين عنــد الشك، ولذلك قالوا إن الدائن إذا رفض أن يستعمل خياره ؛ فالخيار ينتقل إلى المدين؛ لأنه يغتفر من تحكم المدين ما لا يغتفر من تحكم الدائن [1] .

وهذه التفرقة لا أجدها عند الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ؛ لأن الرأي الراجح عندهم ــ كما تقدم ــ ، يرى أنصاره أن المدة إذا مضت ، ولم يختر من له الخيار يكلف بالاختيار ثم إذا رفض أن يختار يحبسه القاضى ، وإذا أصر على الرفض يتولى القاضى الاختيار بدلاً عنه سواء أكان الخيار للبائع أم للمشترى .

ويبدو أن ما ذكره الفقهاء هو الصواب ؛ لأن التفرقة التى قال بها شراح القانون لا مبرر لها ، وليس من العدل أن يمنح المشرع أحد العاقدين مزايا أكثر من العاقد الآخر، وإنما من العدل أن تتساوى المراكز القانونية لأطراف العقد ، فخيار التعيين ينــشأ بنــاءً على الإرادة المشتركة للعاقدين ، ولافضل للبائع على المشترى ؛ ولذلك لم يكن موقــف المشرع اليمني صائباً في هذه المسالة ، وكان الأحرى به أن يأخذ بما ذكره غالبية الفقهاء المجيزين لهذا الخيار .

وخلاصة القول فى هذا الشأن أن مضى المدة يؤدى إلى ســقوط الخيــارعن صاحبه إذا لم يختر ، وعند ذلك يقع الاختيار ضرورة بواسطة القضاء لما للقــضاء مــن

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون اليمني للدكتور/السنهوري ، مرجع ســابق ج٣ ص١٣٨ – ١٣٩ ، والالتزام التخييري للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري ، مرجع سابق ص٧٩ ، والنظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/ محمود عبد الرحمن محمد ، مرجع سابق ص٤٠٩ ، والتعليق على نصوص القانون المدنى المعدل لأنور العمروسى ، مرجع سابق ص٨٥٥ .

دور كبير في هذا الأمر ؛إذ يستطيع أن يرفع الضرر عن الطرف الذي ليس له الخيار من خلال إجبار صاحب الخيار على الاختيار .

ثالثاً : موت صاحب الخيار :

لم يتعرض المشرع اليمنى لمسألة موت صاحب الخيار، وانتقال الخيار إلـــى الورثة ، وكان الأحرى به أن يبين حكم موت صاحب الخيار ، ويلزم الورثة بالاختيـــار لكي يفرزوا مالهم المختلط بمال الغير، لكون هذا الخيار يتعلق بالمبيع أكثر مـــن تعلقـــه بمشيئة العاقد ، ولهذا فالخيار ينتقل إلى الورثة ضرورة ، وقد أكد على هذا الأمر جميـــع الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ، وذكر ذلك أيضا بعض شـــراح القـــانون ؛إذ قـــالوا إن الخيار ينتقل إلى الورثة بموت المورث ، ويجب عليهم أن يتفقوا على الاختيار[١].

وعلى ذلك ينبغي على المشرع اليمنى أن يسلك مسلكهم ، وينظم هذه المسألة ،ولا يتركها دون تنظيم حتى لا تضيع حقوق الورثة ؛إذ يقع عليه أن ينص صراحة أن الخيار ينتقل إلى الورثة، ويقع على الورثة أن يتفقوا على الاختيار فلا يجوز امتناع بعـــضهم ؛ لأن ذلك سيؤدي إلى اعتبار الورثة جميعهم في حكم الممتنعين عن استعمال حق الخيـــار، وعندئذ يتولى القاضي بنفسه الاختيار بناء على طلب الطرف الآخر .

ويلاحظ كذلك أن المشرع اليمنى لم يشر إلى مسألة العـــوارض التـــى تعتـــرض صاحب خيار التعيين ؛ كالجنون، والإغماء وغير ذلك ، وهذه من الأمور المهمـــة التـــى تترتب عليها حقوق، وقد تضيع بسببها بعض المنافع على صاحب الخيار، وهو بذلك قـــد ترك هذه المسألة للقواعد العامة ، وفي القواعد العامة حدد المشرع اليمني أحكـــام فاقـــد الأهلية ، وناقصها ؛ إذ ذكر أن فاقد الأهلية ، أو ناقـــصها يخـــضع لأحكـــام الولايـــة ، والوصاية ، حيث يتم الحجر[٢] عليه بناء على حكم المحكمة ، وتتولى المحكمـــة تعيـــين منصوباً عن المحجور عليه يقوم بحفظ أمواله ، واستغلالها لمصلحة المحجـــور عليـــه ،

---

(١) راجع : النظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) للدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني ج ص٢٤٦.

(٢) الحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله ، ومنع نفاذ تصرفه فيه ، وهو نوعـــان حجـــر لمـــصلحة المحجور عليه كالمجنون والصغير، وحجر لمصلحة الغير كالمفلس لمصلحة دائنيه.(راجع المـــادة ٥٥ مدني يمني).

وهذا ما ورد صراحة في المادة(٥٨) التي نصت على أنه: " يلزم الحكم بالحجر من محكمة موطن المحجور عليه في الأحوال الآتية:١-الجنون الطارئ بعد الرشد ٢- السفه الطارئ بعد الرشد، وكل حكم يصدر بالحجر يعين منصوباً عن المحجور عليه يسلم إليه ماله لحفظه واستغلاله لمصلحة المحجور عليه طبقا لما هو منصوص عليه في قانون الوصية" .

ويلاحظ من هذا النص أن المنصوب يتولى القيام بحفظ أموال فاقد الأهلية، واستغلالها لمصلحة فاقد الأهلية، ولكن هل يجوز لهذا المنصوب أن يمارس الخيار بدلاً عن فاقد الأهلية؟ الذي يبدو لي أنه يجوز للمنصوب ممارسة الخيار نيابة عن فاقد الأهلية(صاحب الخيار) لعمومية النص القانوني المذكور، ومع ذلك فالأولى بالمشرع أن يحدد حكم هذه العوارض في الأحكام المتعلقة بخيار التعيين، ولا يتركها للقواعد العامة .

رابعاً : هلاك الأشياء المخير فيها أو تعيبها :

لم يبين المشرع اليمنى أثر الهلاك أو العيب فى سقوط خيار التعيين ، وإنما نظم حالة واحدة فقط وردت في المادة (٢٧٤) وقد سبق شرحها سلفاً عند الحديث عن آثار خيار التعيين ، وتطبيقاً للقواعد العامة يتضح أن خيار التعيين يسقط فى حالة هلاك الأشياء المخير فيها كلها بسبب أجنبي سواء أكان الخيار للبائع (المدين) أم للمشترى (الدائن) ،ويسقط خيار البائع كذلك إذا هلكت كلها بيده أو هلك أحدها بيده سواء أكان الخطأ بفعله أم بسبب أجنبي .

ويسقط كذلك خيار المشترى (الدائن) إذا هلكت كل الأشياء بيده أو هلك أحد الشيئين المخير فيهما بسبب أجنبي ، وينطبق هذا الأمر على حالات التعيب ، فلو تعيبت جميع الأشياء فى يد البائع بسبب أجنبي سقط خيار التعيين سواء أكان الخيار للبائع أم للمشترى ، وإذا تعيب أحد الشيئين فى يد المشترى فخياره يسقط ، وليس أمامه إلا الشئ السليم ليختاره ، وقد بسطت القول في مسألة الهلاك والتعيب سلفاً ، وأكتفي هنا بما ورد هناك[1].

---

(١) راجع ص٥٠٦ ـ ٥١٢ من هذا البحث .

خامسا: موازنة بين موقف القانون المدني،وآراء الفقهاء المجيزين لخيار التعيين:

من خلال عرض مسقطات خيار التعيين في القانون المدني اليمني تبين أن المشرع قد ذكر العديد من النصوص القانونية التي عالجت مسقطات خيار التعيين ، وقد تم شرح هذه النصوص ، ومقارنتها بآراء الفقهاء المجيزين لهذا الخيار، وتبين أن موقف المشرع اليمنى لا يختلف كثيراً عن موقف الفقهاء المجيزين لخيار التعيين، ومع ذلك ظهر القصور في بعض الأمور في جانب القانون المدني اليمنى ، حيث تبين أن القانون لم ينظم بعض المسقطات المهمة ، وبعضها ذكرها، وأورد لها أحكاماً غير مأخوذة من الفقه الإسلامي ، وقد تم تناول هذه الأمور تفصيلاً في مواضعها ، وتم توضيح مواطن القصور في النصوص القانونية المتعلقة بخيار التعيين ،والالتزام التخييري .

المبحث الثالث
التطبيقات المعاصرة لخيار التعيين في معاملات المصارف الإسلامية

تمهيد :

سبق التعريف بالمصارف الإسلامية ، وأهدافها، ووظائفها عنـد الحـديث عـن تطبيقات خيار الشرط فى معاملات المصارف الإسلامية.

وقد تبين بعد الدراسة المستفيضة لأحكام خيار التعيين عند الفقهاء المـسلمين أنـهُ يمكن تطبيق هذا الخيار فى مجال المعاملات المالية للمصارف الإسلامية ؛ لكونه يمثـل أحد الضمانات التى من الممكن أن يعتمد عليها المصرف الإسلامى لدرء الخطر عن نفسه أو لتنشيط أعماله التجارية بهدف تحقيق تنمية المجتمع من الناحية الاقتصادية .

وبناءً على ذلك فقد عقدت العزم على ذكر بعض تطبيقـات هـذا الخيـار فـى المعاملات المالية للمصارف الإسلامية ، والتي أحسب أنها تحقق الفائدة المرجوة من هذا الخيار[١] ، وبذلك سيتم ذكر هذه التطبيقات على النحو الآتى :

أولاً : خيار التعيين ودوره فى التمويل :

يستطيع المصرف الإسلامى أن يقوم بعمليات تمويل التجارة ، وتنـشيط حركـة التبادل التجاري بين البلدان الإسلامية أو غيرها ، وذلك من خلال الاستفادة مـن خيـار التعيين ، وتكون الاستفادة من هذا الخيار فى هذه المسألة على النحو الآتى :

(أ) فى حالة اقتران خيار التعيين بخيار الشرط :

وفى هذه الحالة يقوم المصرف الإسلامى بمسح حالة السوق للتعرف على الـسلع النادرة التى يحتاج إليها الجمهور سواء أكانوا من التجار أم من غيرهم ، وبعد ذلك يقـوم المصرف بشراء مجموعة من هذه السلع، وبأنواع متحدة أو مختلفة ، ويـشترط لنفـسه

---

(١) لم أعثر على كتابات محددة حول تطبيقات خيار التعيين فى معاملات المصارف الإسلامية، ومـع ذلـك حاولت بقدر الإمكان استنباط هذه التطبيقات من خلال آراء الفقهاء المجيزين لهذا الخيـار، وأرجـو أن أكون قد وفقت في ذلك .

خيار التعيين مع خيار الشرط ؛ كأن يشترط لنفسه الخيار فى نصفها أو أكثر من ذلـك لا على التعيين ، ولمدة محددة تكفى عادة لعرض هذه السلع على الجمهور ، وعلى ذلـك يقوم بجلبها إلى الأسواق المحلية ويتم عرضها بجميع أصنافها على الجمهور ويترك الأمر لهم فى أن يختاروا ، فإن اختاروا ما يناسبهم فى حدود الأشياء التى يحـق للمـصرف اختيارها فقط سقط خيار المصرف ؛ ووجب عليه أن يرد الباقى إلى مالكه ؛ لأنه أمانة .

أما إذا أحجم الجمهور عن الشراء ، ولم يقبلوا على شراء هذه الـسلع ؛ فيـستطيع المصرف الإسلامى أن يردها إلى مالكها قبل انقضاء مدة الخيار ، وله ذلـك كمـا قـال الفقهاء المجيزون لخيار التعيين؛ لأن العقد فى حقه غير لازم بسبب اقتران خيار التعيين بخيار الشرط ، على أنه يحق للمصرف الإسلامى كذلك أن يقوم بتسويق السلع المحليـة إلى البلدان الأخرى بموجب خيار التعيين المقترن بخيار الشرط .

<u>(ب) فى حالة خيار التعيين وحده :</u>

وفى هذه الحالة يستطيع المصرف أن يقوم بالعمليات التجارية بالاستفادة من خيـار التعيين المجرد عن خيار الشرط ، حيث يقوم المصرف الإسلامي بمسح حالـة الـسوق للتأكد من حاجة الناس إلى بعض البضائع النادرة التى يكون الناس فى أمس الحاجة إليها ، وبعد أن يتأكد من مواصفات هذه السلع، ومزاياها ، يقوم بعد ذلك بشرائها من الخـارج أو حتى من الأسواق المحلية ، ويشترط لنفسه خيار التعيين فى عدد من الأشياء المخيـر فيها لا على التعيين ، ثم يجلب هذه السلع إلى الراغبين فيها، ويعرضها عليهم خلال مدة خيار التعيين ، فإذا قاموا بشراء العدد المسموح به للاختيار سـقط خيـار المـصرف ؛ ووجب عليه أن يرد الباقي ؛ لأنه أمانة.

وبذلك يكون المصرف الإسلامى قد باع الأشياء المملوكة له ؛ لأن السلع التـي اختارها الجمهور تعد ملكاً للمصرف من وقت التعاقد لا من حين الاختيار ؛ لكون العقـد في هذه الحالة لازماً له فى عدد من الأشياء المخير فيها لا على التعيين ، وهذا ما ذكره الفقهاء المجيزون لهذا الخيار دون اختلاف .

وعلى هذا الأساس يستطيع المصرف الإسلامى أن يـسهم فـي كـسر مـشكلة الاحتكار ، وفتح الباب أمام الناس لاختيار ما يناسبهم ، كما يستطيع أن يفعل هذه الأعمال

على مستوى السوق المحلية، والعربية، و الإسلامية ، بهدف تنشيط حركة التجارة بين هذه البلاد ،والتوسعة على الناس .

ثانياً : خيارالتعيين، والوعد بالتعاقد .

قد يلجأ الزبائن إلى المصرف الإسلامي طالبين منه توفير بعض السلع التي يحتاجون إليها؛ كأن يقولوا نحتاج إلى سلعة عددها كذا بمواصفات كذا وكذا ، وفي هذه الحالة يقوم المصرف باستيراد هذه السلع بناءً على وعد منهم بالشراء ، ويتفق مع البائع على جعل الخيار للمصرف الإسلامي في عدد من الأشياء المخير فيها ؛ كأن يكون له الخيار في نصفها أو ثلثها لا على التعيين ، ويشترط لنفسه كذلك خيار الشرط مع خيار التعيين.

وعند جلبها يعرضها المصرف على الواعدين فإن قاموا بشراء الأشياء التي يحق للمصرف أن يختارها سقط خيار المصرف الإسلامي ، ووجب عليه أن يرد ما بقى من الأشياء المخير فيها؛ لأنها أمانة في يده ، أما إذا تنصلوا عن وعدهم، فالخيار هنا يحمى المصرف الإسلامي من الانزلاق في المخاطرة حيث يحق له أن يرد جميع السلع إلى مالكها خلال مدة الخيار بناءً على أن العقد غير لازم بالنسبة له بسبب اقتران خيار الشرط بخيار التعيين .

ثالثاً : خيارالتعيين والبيع والشراء :

قد يمارس المصرف الإسلامي عمليات البيع، والشراء لكونه يعد من التجار ، فقد يدخل هذا المضمار بائعاً أم مشترياً ، وقد يكون خيار التعيين له أو للغير بناءً على اتفاق المصرف مع الغير ، وعلى ذلك سيتم ذكر حالتين أتوقع أن المصرف الإسلامي قد يستفيد من خيارالتعيين فيهما ، وهما على النحو الآتي :

(أ) الحالة الأولى : عندما يكون المصرف الإسلامي بائعاً وخيار التعيين للمشتري :

وفي هذه الحالة قد يكون لدى المصرف الإسلامي كثير من البضائع أو المعدات المعمرة أو الآلات التي يكون المستثمر في أمس الحاجة إليها، وعندئذ فإن المصرف الإسلامي يقوم ببيع عدة أصناف إلى المستثمر بموجب خيار التعيين للمستثمر ، فيصير

أمام المستثمر عدة أشياء يحق له أن يختار ما يناسبه قل العدد أم كثر على أن يرد الباقى للمصرف الإسلامى فى خلال مدة معلومة هى مدة خيار التعيين .

وهذه مسألة لا غبار عليها عند الفقهاء المجيزين لخيار التعيين ؛ لذلك فالمصرف الإسلامي يستفيد من هذه العملية ؛ لأنها تحقق له ميزتين :

<u>الميزة الأولى</u> : إن إتاحة الفرصة أمام المستثمر ليختار ما يناسبه من الأشياء التى يعرضها المصرف الإسلامي يعد أمراً في غاية الأهمية لكونه يقضى على ركود السلع، وينشط حركة التجارة ، ويسهم في تمويل المستثمر للنهوض بالمشروعات الاقتصادية التى تعم فائدتها على المجتمع المسلم .

<u>الميزة الثانية</u> : يستفيد المصرف الإسلامي من وراء هذه الصفقات حيث يتمكن من بيع بضاعته بأسعار مناسبة ، ويجنى بذلك الأرباح المعقولة ، وفى الوقت نفسه يكون موضع ثقة ، وائتمان عند المستثمر ؛ لأنه قد منحه المنتجات ذات الجودة العالية ، ووفر له حرية الاختيار، والتروي ليختار ما يناسبه ، وكل ذلك بالاستفادة من خيار التعيين .

<u>(ب) الحالة الثانية : عندما يكون المصرف الإسلامى بائعاً وله خيار التعيين :</u>

وفي هذه الحالة قد تحتاج بعض المؤسسات الحكومية أو الخاصة ؛ كالمدارس أو المستشفيات إلى مواد غذائية أو معدات طبية ، فتتعاقد مع المصرف الإسلامى ليقوم بتوريد الأغذية للمدارس أو لأحد المستشفيات فى مواعيد دورية ، ويترك له خيار التعيين فى توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الأغذية مثلاً ، فهنا يجوز للمصرف ، وهو المورد، وصاحب خيار التعين أن يختار أصنافاً معينة فى أجل من هذه الآجال الدورية ، ثم يختار صنفاً آخر غير الأصناف التى اختارها أولاً في أجل آخر[1]، وبذلك يسهم المصرف الإسلامى صاحب خيار التعيين فى تقديم الخدمات الضرورية للمدارس أو المستشفيات ، أو غير ذلك من المرافق العامة أو الخاصة .

---

(١) راجع : الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ السنهوري ، مرجع سابق ج٣ ص١٣٨ ، والنظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) للدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني ، مرجع سابق ج ٢ ص٢٤٦ .

رابعاً : خيار التعيين والبيع بسعر موحد :

من الممكن أن يستفيد المصرف الإسلامى من خيارالتعيين من خلال عرض مجموعة كبيرة من السلع التى يرى أن الجمهور فى حاجة ماسة إليها لجودتها أو لقلة سعرها أو لندرتها ، حيث يقوم المصرف بطرح هذه البضائع فى السوق ، ويضع سعراً موحداً لكل واحدة منها سواء أكانت من جنس واحد أم من أجناس مختلفة ثم يترك خيار التعيين للمشترى، وبموجب هذا الخيار يتمكن المشترى من اختيار ما يناسبهُ من الأشياء المخير فيها سواء أكان واحداً أم أكثر من ذلك .

ومن خلال هذه الصورة يستطيع المصرف الإسلامى أن يصرِّف بضاعته ويقضى على مشكلة التخزين في شركاته ، ويسهم كذلك في الحد من غلاء الأسعار ، وبذلك يكسب ثقة المتعاملين معه ، ويزداد نشاطه فى شتى المجالات ، وليس المستفيد فى هذه المعاملة هو المصرف فحسب ، وإنما يستفيد المشترى كذلك (الجمهور) حيث تتاح له الفرصة الكافية لاختيار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ، وبذلك يستطيع إعمال الفكر والتروي بصورة واسعة ؛ لأن اختياره لا يتم إلاَّ بعد التنقيب، والتمحيص .

وقد نبهت على أهمية هذه الصورة عند الحديث عن صور خيارالتعيين [1] وذكرت أن الواقع قد أفرزها، وصارت مألوفة بين الناس، ولا ضرر فيها، ولا مشاحنة ، بل يبدو أنه من المفيد أن تتوسع المصارف الإسلامية فى هذه الصورة، ولا ضير فى ذلك للأسباب التى سبق ذكرها ، كما يحق للمصرف الإسلامي في هذه الصورة أن يتعاقد مع المشتري على البيع بخيار التعيين المقترن بخيار الشرط ؛ إذ يحق له أن يأخذ ما يناسبه من الأشياء المخير فيها التي يعرضها المصرف ثم هو بالخيار بين الرد أو الإمضاء خلال مدة محددة للخيار يتم الاتفاق عليها من قبل المصرف الإسلامي، والزبائن .

ويجوز للمصرف الإسلامي كذلك أن يتعاقد مع المشتري على البيع بخيار التعيين المقترن بخيار النقد ؛ كأن يكون لدى المصرف الإسلامي ثلاث من السيارات ، ويقوم بتحديد ثمنا معينا لكل واحدة منها على حدة، ثم يترك للمشتري الخيار في أن يختار واحدة منها شريطة أن يدفع ثمنها في خلال مدة معلومة يتم تحديدها برضا الطرفين ، وإذا قام المشتري بتعيين السيارة (المبيع) ، ودفع ثمنها في خلال مدة الخيار فله ذلك، ويقع عليه

---

(١) تقدم ذلك فى صور خيار التعيين راجع: ص٣٩٥ من البحث .

رد الباقي إلى المصرف(المالك) ، أما إذا لم ينقد الثمن في خلال المدة المقررة للخيـــار ، فخياره يسقط دون قضاء أو رضا ، ويجب عليه رد جميع الأشياء المخير فيهـــا، وهـــذه الصورة تم استنباطها من الأحكام المتعلقة بالخيارين (التعيين والنقد) .

خامساً : خيار التعيين، وعقد الإيجار :

يستطيع المصرف الإسلامى فى إطار نشاطه الواسع أن يؤجر بعـــض ممتلكاتـــه للمستثمرين، وذلك بالاستفادة من خيار التعيين ؛ فلو فرضنا أن المصرف لديه مجموعة من المعدات المعمرة أو المباني أو غير ذلك، وأراد أن يوسع نشاطه التجاري من خلال تأجير هذه المعدات خلال مدة محددة، حيث يحدد للمستأجر الأجرة المقررة لكل واحد منها ، ثم يترك للمستأجر خيار التعيين ليختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها ، وهنـــا يـــستطيع المستأجر (المستثمر) صاحب خيار التعيين أن يأخذ ما يناسبه من الأشياء المخيـــر فيهـــا، ويترك الباقى .

وبذلك فإن هذه العملية تعود بالنفع على المصرف الإسلامى، والمستأجر على حد سواء ، فالمصرف الإسلامى يستفيد من حيث توسيع نشاطه التجاري ، وتنمية مـــوارده ، والمستأجر يستفيد من هذه الخدمات حيث تتاح له الفرصة الأكبر لاختيار الأفضل والأرفق له الذى يتناسب مع احتياجاته، وقدراته المالية .

سادساً : خيار التعيين، والمشورة :

وهنا قد لا يمارس المصرف الإسلامى خيار التعيين، ولكن ينحصر دورهُ فـــى تقديم المشورة والخبرة الفنية ، عندما تتوافر لديه الإمكانيات الفنية العاليـــة ، والمراكـــز الاستشارية ، فقد يلجأ إليه الجمهور لمساعدته على الاختيار ، فلو فرضنا أن أحدهم قـــد اشترى أجهزة ذات تقنية عالية ، ولا تتوافر لديه الخبرة الكافية فى الاختيار ، فعندئذ يلجأ إلى المصرف الإسلامى ليساعده على اختيار الأوفق والأمثل له .

وهذه المسألة ليست بعيدة المنال، فمن الممكن أن يقوم بها المصرف الإسلامى متى توافرت لديه الإمكانيات اللازمة لذلك، ومن خلال ذلك يسهم المصرف الإســـلامي فـــى خدمة الجمهور، ويكسب ثقتهم فى المحصلة النهائية ، وهذا هو بيت القصيد ؛ لأن النشاط التجارى السليم لا يقوم إلاَّ على الثقة، والائتمان ،والله أعلم بالصواب .

هذه هي تطبيقات خيار التعيين، وقد حاولت بقدر المستطاع استنباطها من الأحكام المقررة لخيار التعيين، والتي وردت في أقوال الفقهاء المجيزين لهذا الخيار.



الخاتمة



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي يسر السبل اللازمة لإنجاز هذا البحث الموسوم بـ "أحكام الخيارات الثابتة بالشرط في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون المدني اليمني" .

وقد تبين من هذا البحث أن هناك اختلافاً بين الفقهاء حول مشروعية بعض الخيارات الشرطية ، حيث ظهر أن الأحناف قد أجازوا الخيارات الشرطية جميعها ، وأجاز المالكية والزيدية والإباضية خياري الشرط ،والتعيين ، وأجاز الحنابلة والإمامية خياري الشرط والنقد ، ولم يجز الشافعية من الخيارات الشرطية سوى خيار الشرط ، أما الظاهرية فقد منعوا الخيارات الشرطية جميعها، أي منعوا الخيارات التي يتم الاتفاق عليها من قبل الطرفين ، ومع ذلك أجازوا الخيار للمشترى إذا قال عند التبايع "لا خلابة" .

وقد تم الوقوف على الاتجاهات الفقهية المختلفة فيما يخص أحكام الخيارات الشرطية(محل البحث) ، وتم بيان طرق التفكير المتعددة في تحليل المسائل المتعلقة بتنظيم هذه الخيارات عند الفقهاء المجيزين لها، وتبين أن اختلاف آراء الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بهذه الخيارات دليل على سعة الفقه الإسلامي وشموليته ؛ فهو نتاج حي شاهد على مرونة هذه الشريعة ، ورسوخها في حياة الفرد المسلم، ومعاملاته ؛ إذ ظهر من خلال هذه الدراسة أن الفقهاء قد نظموا الخيارات الشرطية تنظيماً مُحكماً، حيث تناولوا أحكامها بصورة تفصيلية، ودرسوا كل مسألة من مسائل هذه الخيارات ؛ إذ بينوا دقائق الأمور، وجاءت أحكامهم صريحة لا لبس فيها، ولا غموض، وهذا بعكس القانون المدني اليمنى النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م الذي عالج هذه الخيارات بنصوص قانونية بعيدة عن الكمال المنشود ؛ إذ شاب كثيراً منها القصور، والنقص، وتبين أن بعضها لم يأخذه المشرع اليمني من الفقه الإسلامي ، بل اقتبسها من القوانين الوضعية، وهذا ما اتضح جلياً من خلال مقارنة نصوص القانون المدني اليمني بآراء الفقهاء المجيزين للخيارات الشرطية.

وكان ما سلف عبارة عن النتيجة العامة التي تم استخلاصها من هذا البحث ، وعلى أساس هذه النتيجة يمكن أن يتم إيجاز أهم النتائج الفرعية المنبثقة عنها، مع التأكيد على أن هذه النتائج هي تدوين للرأي الراجح من أقوال الفقهاء ، ومع ذلك فإن هذا

التدوين لا يرفع الخلاف بين الفقهاء في الآراء ، ولا يصادر آراء الآخرين ، وعلى ذلك سيتم فيما يلي ذكر هذه النتائج ثم التوصيات التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث :

أولاً : النتائج :

(١) الأصل في الخيارات الشرطية العدم ، ولا تثبت إلا بالشرط الذي يتفق عليه الطرفان ، وبموجب هذا الشرط يتمكن صاحب الخيار من إمضاء العقد أو فسخه في خلال المدة المقررة للخيار ، وفسخ العقد في هذه الخيارات لا يعد جزاءً على الإخلال بالالتزام الملقي على عاتق أحد العاقدين ، وإنما هو حق من حقوق صاحب الخيار نشأ بالتراضي من قبل الطرفين ، أما الخيارات الشرعية ؛فالأصل فيها ليس العدم؛ لأنها ملازمة للعقد ، ولا يجوز للطرفين الاتفاق على نفيها ، وأبرز مثال على ذلك خيار العيب والمجلس.

(٢) شرط الخيار لا يقترن إلا بالعقد اللازم الذي اجتمعت فيه كل شروط الانعقاد والصحة ،حيث إن هذا الشرط عارض يمنع لزوم العقد خلال مدة الخيار؛ إذ يصير العقد غير لازم في حق من له الخيار، وهذا ينطبق على الخيارات الشرطية جميعها عدا خيار التعيين غير المقترن بخيار الشرط (المجرد) ؛ لأن العقد لازم فى واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها .

(٣) ليس للخيار الشرطي وجود مستقل عن العقد المشمول بالخيار؛ لأنه قد يقترن بالعقد، ويصير جزءاً منه ، فقد يكون بنداً من بنود عقد البيع مثلاً، لاسيما إذا تم اشتراطه فى صلب العقد ، وقد يكون لاحقاً عليه ـــ عند المجيزين لذلك ـــ ومع ذلك فهو مرتبط أيضاً بالعقد المعني، ولا يجوز في كل الأحوال أن يسبق الخيار العقد؛ لأنه صفة في العقد، والصفة لا تسبق الموصوف؛ ومع ذلك فالخيار الشرطي يعد من الأوصاف التي تؤثر في آثار العقد عند اقترانه به .

(٤) تعد فكرة عدم لزوم العقد خلال مدة الخيار الشرطي من ابتداع الفقهاء المجيزين للخيارات الشرطية؛ إذ بينوا أحكامها تفصيلاً، وأباحوا للعاقد صاحب الخيار الرجوع فى التعاقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر أو حكم القضاء ، وقد قرر هؤلاء الفقهاء مبدأ الرجوع في التعاقد بناءً على

مسوغات شرعية سمحوا بموجبها لصاحب الخيار التحلل من العقد ، وفسخه خلال مدة الخيار إذا تبين له عدم جدوى المضي في التعاقد ، حيث أجازوا للعاقدين حرية تضمين العقد شرط الخيار بهدف المحافظة على كمال الرضا ؛ إذ يحقق هذا الشرط للعاقد إمكانية الرجوع في التعاقد بإرادته المنفردة .

(٥) تشكل الخيارات الشرطية أحد الضمانات الوقائية التي بواسطتها يندفع الضرر المحتمل ؛ إذ تحمي هذه الخيارات الرضا في سائر عقود المعاملات المالية الملزمة للطرفين ، ولا ينحصر دورها في معاملات الأفراد فحسب ، وإنما تستطيع المصارف الإسلامية أن تجري معاملاتها بالاستفادة من الخيارات الشرطية جميعها.

(٦) الخيارات الشرطية ذات طبيعة واحدة فهي تتشابه في كثير من الأحكام ، وتشكل بمجموعها نظرية فقهية متكاملة لها ضوابطها، وأحكامها التي تمثل أحد المسالك المهمة لتحقيق رضا المتعاقد على أكمل صورة ؛ لأن موجب هذه الخيارات هو الشرط الذي يتفق عليه الطرفان.

(٧) تعد الخيارات الشرطية من أهم التطبيقات العملية في مجال العلم الحقيقي بالمبيع حيث تمنح هذه الخيارات صاحب الخيار الفرصة الأكيدة لتجربة المبيع بهدف التأكد من مزاياه، وعيوبه قبل الإقدام على إتمام العقد، ومن خلال ذلك يستطيع المتعاقد صاحب الخيار أن يدفع الضرر عن نفسه قبل وقوعه.

(٨) تعد الخيارات الشرطية مظهراً مهماً من مظاهر حرية الإرادة في الفقه الإسلامي ؛ لأن الأصل حرية الشروط مالم تحرم الحلال أو تحل الحرام .

(٩) تعد الخيارات الشرطية مزية من مزايا الفقه الإسلامي ، وهي لا تختص بفئة دون سواها ؛ حيث تنطبق على العقار والمنقول ؛ إذ يجوز لكل شخص أن يستفيد منها سواء أكان من التجار أم من غيرهم ؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف التفرقة في الأحكام بين القانون المدني ، والقانون التجاري ، والقانون العام على خلاف القوانين الوضعية التي تميز بين هذه القوانين .

(١٠) تقوم الخيارات الشرطية على اليقين لا الظن؛ لأنها بمثابة عقد تلتقي حوله إرادة الطرفين، وهذه الإرادة هي التي تحدد مقومات، وشروط، وضوابط هذه الخيارات انطلاقا من مبدأ إنما العقد عن تراض.

(١١) يتم تعيين المبيع (محل العقد) ابتداءً في خياري الشرط ، والنقد ، وما على صاحب الخيار إلا أن يختار المبيع أو يرده في خلال مدة الخيار ، وعلى ذلك ينعقد العقد نافذاً غير لازم في حقه ، أما المبيع في خيار التعيين فلا يتعين ابتداء ؛ لأنه شائع بين عدد من الأشياء المخير فيها ، ومن ثم يقع على صاحب خيار التعيين اختيار محل العقد من بين الأشياء المخير فيها ، وعلى ذلك فالعقد في جانبه لازم في عدد من الأشياء المخير فيها لا على التعيين، وبالتعيين يتحدد محل العقد بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة .

(١٢) يجوز أن تكون الخيارات الشرطية لأحد العاقدين، أو للغير، ولا يجوز أن تكون للطرفين معا إلا في خيار الشرط فإنه يجوز للعاقدين معاً .

(١٣) سلطة صاحب الخيار الشرطي تتمثل في فسخ العقد أو إمضائه أو اختيار المبيع الشائع من بين أشياء متعددة صالحة للتخيير ؛ ففي خياري الشرط والنقد، تنحصر سلطة صاحب الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ، و في خيار التعيين المجرد تنحصر سلطة صاحب الخيار في اختيار المبيع الشائع من بين الأشياء المخير فيها.

(١٤) لا يتحقق الخيار الشرطي عند جهالة المدة ، أو جهالة من له الخيار ، أو عدم تحديد المحل الذي يرد عليه خيار الشرط أو النقد ، وإذا تعددت الأشياء المخير فيها في خيار التعيين وجب تحديد كل واحد منها بأوصافه الدالة عليه، مع بيان ثمن كل واحد منها .

(١٥) يجوز اقتران خيار التعيين بخياري الشرط والنقد ، وفي هذه الحالة يصير العقد غير لازم في حق من له الخيار، ولكن العقد يلزم بفوات مدة خيار التعيين المقترن بخيار الشرط ، وينفسخ العقد بفوات مدة خيار التعيين المقترن بخيار النقد، وعندئذ يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

(١٦) يجوز أن يكون الخيار في كل المبيع أو بعضه إن تعدد ،ويكون ذلك في خياري الشرط، والنقد ، أما بالنسبة لخيار التعيين فهو يقع على أشياء متعددة يحق لصاحب الخيار أن يختار واحداً أو أكثر من بينها .

(١٧) يجوز أن تكون الأشياء المخير فيها من نوع واحد أو من أنواع مختلفة ، ويجوز اختلاف الثمن أو اتحاده .

(١٨) يجوز أن يكون الحد الأعلى للأشياء المخير فيها ثلاثة أو أكثر من ذلك ، ويحق لصاحب خيار التعيين أن يختار واحداً أو أكثر من الأشياء المخير فيها.

(١٩) يكون ملك المبيع في زمن الخيار لمن له الخيار، وهذا ينطبق على الخيارات الشرطية كلها، ولا يجوز انتقال الملك في زمن الخيار إن كان الخيار للعاقدين معاً ، وهذا ينطبق في الأساس على خيار الشرط دون خياري النقد والتعيين.

(٢٠) يتم التوقف في ملكية الزوائد المنفصلة التي تحدث في زمن الخيار حتى يتبين المالك الحقيقي للمبيع، وعندئذ تصير له من وقت العقد، وهذا ينطبق على الخيارات الشرطية جميعها .

(٢١) لا يعد تسليم البدلين أثراً من آثار العقد المقترن بواحد من الخيارات الشرطية، وعلى ذلك فلا يجب على الطرفين تسليم البدلين في مدة الخيار، ولكن يجوز لهما الاتفاق على تسليم البد لين طواعية، وإذا تسلم المشتري المبيع فلا يحق له الانتفاع به في مدة الخيار إلا بقدرما يحصل التجربة والاختبار فقط.

(٢٢) ترتبط مسألة الضمان في هلاك المبيع بالتسليم ؛ إذ يقع الضمان على البائع إذا هلك المبيع تحت يده قبل أن يتسلمه المشترى ، ويقع الضمان على المشتري إذا قبض المبيع وهلك عنده.

(٢٣) تسقط الخيارات الشرطية إذا فاتت مدتها ؛ ففي خيار الشرط يصير العقد لازماً فى حق الطرفين، وفى خيار التعيين يلزم العقد أيضا ويجب على صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها، فإذا لم يختر وجب على القاضي تكليفه بالاختيار، و إلا حبسه، وإذا لم يمتثل، وأصر على الرفض اختار القاضي بدلاً عنه، أما في خيار النقد فلا يلزم العقد بمضى المدة ، وإنما يبطل العقد ، ويعود العاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد .

(٢٤) الفسخ في الخيارات الشرطية أقوى من الإجازة فهو يرد عليها ، ولا ترد عليه، ويترتب على الفسخ سقوط الخيار، وانفراط عقد الرابطة العقدية بين الطرفين ؛ إذ يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أما الإجازة فهي تعبير عن أصل العقد، ولا تعد من الطوارئ ؛ لأن صاحب الخيار إذا أجاز العقد استند ذلك إلى وقت التعاقد لا إلى وقت الإجازة .

(٢٥) على الرغم من أن الخيارات الشرطية ترتبط في الأصل بمشيئة العاقد ، فإن رباطها بالمال أوثق ؛ لذلك فلا تسقط بموت صاحبها بل تنتقل إلى الورثة، ويقع عليهم عندئذ الاتفاق فيما بينهم على ممارسة الخيار في خلال ما تبقى من مدة الخيار، ولهم الاتفاق مع الطرف الآخر على تجديد مدة الخيار إذا انتهت .

(٢٦) يتحقق الاختيار في الخيارات الشرطية من خلال التعبير عن الإرادة، ولا يشترط أن يأتي التعبير مفرغاً في شكل خاص؛ إذ المعتبر أن يتم الاختيار صراحة أو ضمنياً بحسب المألوف بين الناس .

(٢٧) يعد شرط الخيار رابطة عقدية بموجبها يتوقف لزوم العقد في انتظار مشيئة صاحب الخيار؛ إذ يجوز لصاحب خياري الشرط والنقد وخيار التعيين المقترن بخياري الشرط أو النقد إن يمضي العقد أو يفسخه، ولا يجوز ذلك لصاحب خيار التعيين المجرد؛ لأن العقد لازم في عدد من الأشياء المخير فيها لا على التعيين ، وبالتعيين يتحدد محل العقد .

(٢٨) لا يحتاج فسخ العقد في الخيارات الشرطية إلى حكم قضائي ، ولكن يقع على صاحب الخيار إخطار الطرف الآخر بما اختاره ، فإن تعذر ذلك وجب إشهاد عدلين على الاختيار.

(٢٩) ينتقل الخيار إلى ولي المجنون أو المغمى عليه إذا حدث له هذا الطارئ في أثناء مدة الخيار ، وهذا ينطبق على الخيارات الشرطية جميعها .

(٣٠) كشفت هذه الدراسة عن تنوع مصادر القانون المدني اليمني ، حيث اتضح من خلال دراسة أحكام الخيارات الشرطية فى القانون المدني اليمنى أن المشرع اليمنى قد أخذ بعض أحكام الخيارات الشرطية من الفقه الإسلامي كما هو الحال في خيار الشرط، وبعض النصوص المتعلقة بخيار التعيين ، وخاصة ما ورد في المادة (٤٨٥) المتعلقة بمفهوم خيار التعيين ، كما أخذ بعض أحكام الخيارات الشرطية من القانون الوضعي كما هو الحال في المادة(٥٥٥) المتعلقة بفسخ البيع في المنقول (خيار النقد)، والأحكام المتعلقة بالالتزام التخييري ، والبيع بشرط التجربة ؛ ولذلك اتسمت النصوص القانونية التي اقتبسها المشرع من القوانين الوضعية بالقصور، وعدم الاتساق التام مع الآراء الراجحة للفقهاء المجيزين لهذه الخيارات، وعلى ذلك ينبغي على

المشرع اليمني أن يسد هذا النقص بالاعتماد على الآراء الفقهية التي تلائم معطيات العصر الراهن .

(٣١) لقد جاءت التطبيقات المعاصرة للخيارات الشرطية في معاملات المصارف الإسلامية منبثقة من أقوال الفقهاء المجيزين لهذه الخيارات ، وكان الهدف من ذلك رفد المصارف الإسلامية بتطبيقات شرعية تساعدها في معاملاتها المعاصرة لكون المصارف الإسلامية تعد مظهراً مهماً من مظاهر الصحوة الإسلامية المباركة ؛ إذ بها سيتحقق النهوض الاقتصادي المأمول بعيداً عن المعاملات الربوية المحرمة، وأتمنى أن تهجر المصارف التجارية التقليدية في البلاد الإسلامية كل المعاملات الربوية، وتقوم بتحويل ذلك إلى معاملات شرعية بالاستفادة من معاملات المصارف الإسلامية.

ثانيا: التوصيات :

اتضح من خلال دراسة أحكام الخيارات الشرطية فى الفقه الإسلامي ، والقانون المدني اليمنى أن هناك قصوراً تشريعياً واضحاً ، حيث إن الخيارات الشرطية بحاجة إلى تنظيم قانونى محكم مستمد من آراء الفقهاء المجيزين لها.

ولذلك رأيت أنه من المفيد أن أخرج من هذه الدراسة بنصوص قانونية تنظم أحكام الخيارات الشرطية في القانون المدني اليمني ، وهى نصوص حاولت استخلاصها من أقوال الفقهاء المجيزين لهذه الخيارات ، وقد تم الاعتماد على الأقوال التي ظهر لي رجحانها دون غيرها .

وكان هدفي في الأول والأخير هو المساهمة بدور متواضع في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء فى مجال الخيارات الشرطية (موضوع البحث) دون التعصب لرأى محدد أو مذهب بعينه ، كما هدفت إلى سد القصور التشريعى الذى لمسته في القانون المدني اليمني ، وتنقية هذا القانون من بعض الشوائب التى علقت به ؛ كالنصوص القانونية غير المستمدة من الشريعة الإسلامية انطلاقاً من أن الشريعة الإسلامية هى مصدر جميع التشريعات بموجب نص المادة الثالثة من الدستور اليمنى النافذ .

وعلى هذا الأساس أضع بين يدي القارئ الكريم جملة من النصوص القانونية المتواضعة ، وآمل أن يتجاوب المعنيون بالأمر مع هذه النصوص ، وأن يتم اعتمادها في

حالة تعديل القانون المدني اليمني الحالي، وقد عالجت هذه النصوص أحكام الخيارات الشرطية موضوع البحث ، وهي خيارات الشرط والنقد والتعيين، وذلك على النحو الآتي:

أولاً : أحكام خيار الشرط :

المادة الأولى :

(١) يجوز أن يشترط فى العقد اللازم الذى يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من العاقدين أو أحدهما أو الغير شريطة أن يتم الشرط فى صلب العقد أو بعده بمدة معقولة .

(٢) يجوز للنائب عن العاقد أن يشترط الخيار لنفسه ، أو لمن ينوب عنه ، ولايجوز له شرط الخيار للمتعاقد الآخر معه أو لأجنبي إلا بإذن موكله .

(٣) لا يصح خيار الشرط في النكاح والإقرار، ولا في العقود التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف والسلم ، ويسقط خيار الشرط إذا تم اشتراطه في النكاح والإقرار، ويبطل به الصرف والسلم.

المادة الثانية :

(١) يجوز شرط الخيار في المبيع كله أو بعضه إن كان غير متعدد.

(٢) إذا كان المبيع متعدداً يجوز شرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن .

المادة الثالثة

(١) يجب أن يكون لخيار الشرط مدة معلومة يتفق عليها الطرفان ، فإن اختلفا حول مقدارها ولا بينة لأحدهما يعتد بالأقل ، وإن سكتا عن ذكر المدة يحق للقاضى فى حالة النزاع أن يحددها بموجب العرف السائد.

(٢) يجوز للطرفين الاتفاق على تجديد مدة الخيار قبل مضى المدة الأصلية.

(٣) يجب أن تبدأ مدة الخيار من حين العقد على أن يثبت اتصالها بالعقد وموالاتها، ويجوز فيها التفاضل إن كان الخيار للطرفين معا .

المادة الرابعة:

(١) إذا اشترط أحد العاقدين الخيار للأجنبي ثبت الخيار للعاقد وللأجنبي معاً، فأيهما أجاز العقد جاز، وأيهما نقض العقد انتقض، ولو أجاز أحدهما، وفسخ الآخر يعتد بتصرف السابق ، ولو خرج الكلامان منهما معاً ، أو لم يعلم السابق من اللاحق يعتد بتصرف العاقد الأصيل.

(٢) إذا كان خيار الشرط للأجنبي وجب عليه اختيار الأصلح لشارطه.

(٣) يجوز للعاقد أن يعزل الأجنبي في خلال مدة الخيار إذا ظهر مسوغ شرعى يوجب العزل ، ويحق للأجنبي أن يعتزل فى أثناء مدة الخيار.

المادة الخامسة:

(١) إذا اقترن خيار الشرط بالعقد اللازم الذي يحتمل الفسخ صار هذا العقد غير لازم في حق من تقرر الخيار لمصلحته .

(٢) إذا شرط الخيار للعاقدين معاً فلا يثبت حكم العقد فى البد لين جميعاً حيث لا يزول المبيع عن ملك البائع ، ولا يزول الثمن عن ملك المشترى .

(٣) إذا كان الخيار للمشترى وحده دخل المبيع فى ملكه خلال مدة الخيار ، ويجب عليه أن يدفع الثمن للبائع في مدة الخيار.

(٤) إذا كان الخيار للبائع وحده بقى المبيع على ملكه خلال مدة الخيار ، ويبقى الثمن على ملك المشترى.

المادة السادسة :

(١) تتوقف ملكية الزوائد المنفصلة التى تحدث للمبيع في مدة الخيار حتى يتبين المالك الحقيقى للمبيع ، وعندئذ تصير للعاقد الذى آلت إليه ملكية المبيع .

(٢) تقع نفقة المبيع ومؤو نته على العاقد الذى أصبح مالكاً له من تاريخ العقد.

المادة السابعة :

(١) إذا هلك المبيع فى يد البائع بطل العقد ، وسقط الخيار سواء أكان الخيار للعاقدين معاً أم لأحد هما.

(٢) يقع الضمان على المشتري إذا هلك المبيع في يده بعد القبض سواء أكان الخيار له أم للبائع .

المادة الثامنة :

(١) يجوز للعاقدين الاتفاق على تسليم البدلين طواعية .

(٢) يجوز للمشترى اشتراط تسليم المبيع لغرض التجربة والاختبار، ولا يجوز له اشتراط الانتفاع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر ما يحصل به الاختبار في ضوء العرف السائد .

المادة التاسعة :

(١) يكون فسخ العقد أو إجازته بالقول أو بالفعل الدال عليه ممن له الخيار، ويفسخ العقد باختيار الفسخ فى زمن الخيار .

(٢) يجب أن يتم الفسخ فى مدة الخيار شريطة إخطار الطرف الآخر بالفسخ إن كان حاضراً ، أو إشعار الحاكم إن كان العاقد غائباً عن البلد.

(٣) إذا تعذر الوصول إلى محل الطرف الآخر ، وجب إشهاد عدلين على الفسخ.

(٤) يصير العقد لازماً فى حالة مضى مدة الخيار أو إجازته ممن له الخيار.

المادة العاشرة :

(١) إذا كان الخيار مشروطاً للعاقدين معاً ، واختار أحدهما الإجازة سقط خياره، وبقي خيار الطرف ما بقيت المادة ، فإن اختار الآخر الإجازة تم العقد ولزم في حق الطرفين ، وإن اختار الفسخ انفسخ العقد وعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

(٢) ينفسخ العقد في كل الأحوال إذا اختار أحد الطرفين الفسخ سواء أكان الخيار لهما معا أم لأحدهما ، وسواء أكان الفسخ قبل الإجازة أم بعدها أم كانا معا ، ولا عبرة للإجازة مع الفسخ دائما .

(٣) إذا كان الخيار لواحد من العاقدين، وأجاز العقد سقط خياره، ولزمه العقد منذ نشوئه لا من وقت الإجازة ، وإذا اختار الفسخ انفسخ العقد، وعاد العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

(٤) إذا تصرف المشتري بالمبيع فتصرفه يدل على أنه قد أجاز العقد إن كان الخيار له وحده، وتصرف البائع بالمبيع يدل على أنه قد رد المبيع إن كان الخيار له وحده، ولا يجوز لأحد الطرفين التصرف بالمبيع إلا بإذن الآخر إن كان الخيار لهما معا.

المادة الحادية عشرة

(١) لا يسقط حق الخيار بموت من كان له ، وإنما ينتقل إلى ورثته مطلقاً .

(٢) ينتقل حق الخيار إلى الدائنين إذا كان الميت صاحب الخيار مفلساً أو معسراً.

(٣) يجب على الورثة أن يتفقوا على الرد أو الإمضاء ، ولا يقبل منهم قبول بعض ورد بعض ، وإذا لم يتفقوا أو سكتوا حتى مضت المدة لزمهم العقد .

(٤) إذا ترك الميت صاحب الخيار ورثة قصر أو مجانين وجب على القاضي أن يعين قيّماً عنهم يفعل مافيه الحظ لهم من الفسخ أو الإجازة .

المادة الثانية عشرة:

(١) إذا جُن صاحب الخيار أو أغمي عليه قام وليه مقامه ، ونظر في الأصلح له من الفسخ أو الإجازة ، وإذا عدم الولي نصب القاضي أحد الأشخاص ليختار بدلاً عنه .

(٢) إذا أفاق المجنون أو المغمى عليه خلال مدة الخيار فله أن يختار بنفسه ما لم يكن الولي قد سبقه في الاختيار ، وله أن يعترض على تصرفات الولي إن لحقه ضرر منها.

ثانياً : أحكام خيار النقد :

المادة الأولى :

(١) يجوز للبائع أن يشترط حال العقد أو بعده بمدة معقولة أنه إذا لم ينقد المشترى الثمن خلال المدة المتفق عليها ، فلا بيع بينهما ، ويسرى حكم هذه المادة على كل من كان فى حكم البائع ؛ كالمؤجر، ونحو ذلك، ويسمى هذا خيار نقد الثمن

(٢) يجوز أن يشترط حال العقد أنه إذا رد البائع للمشترى الثمن رد له المشترى المبيع فى خلال مدة يتم الاتفاق عليها، ويسمى هذا خيار ارتجاع المبيع .

(٣) يكون خيار نقد الثمن للمشتري وحده ، أو من ينوب عنه ، ويكون خيار ارتجاع المبيع للبائع وحده ، أو من ينوب عنه .

المادة الثانية :

(١) يجب على العاقدين الاتفاق على تحديد مدة معينة لخيار النقد، وارتجاع المبيع، على أنه يجوز لهما تجديدها إذا دعت الحاجة إلى ذلك .

(٢) تبدأ مدة خيار نقد الثمن، وارتجاع المبيع من تاريخ العقد ، ويجب أن يثبت اتصالها بالعقد، وموالاتها .

المادة الثالثة :

(١) تكون ملكية المبيع فى أثناء مدة الخيار لمن له الخيار ، حيث تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى إن كان الخيار له ؛ ويظل المبيع مملوكاً للبائع إن كان الخيار له.

(٢) تتوقف ملكية زوائد المبيع المنفصلة حتى يتبين المالك الحقيقى للمبيع ، وعندئذ تثبت له ملكية هذه الزوائد من تاريخ العقد لا من وقت الاختيار، ويقع عليه نفقة المبيع ومؤنته من تاريخ العقد .

المادة الرابعة :

(١) إذا مضت مدة خيار نقد الثمن دون أن يستعمل المشترى خياره انفسخ العقد، وعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

(٢) إذا مضت مدة خيار ارتجاع المبيع سقط خيار البائع ، وصار العقد لازماً في حق الطرفين ، ويصير المبيع مملوكاً للمشترى ، ويتملك البائع الثمن.

المادة الخامسة :

(١) لا يسقط خيار نقد الثمن، وارتجاع المبيع بموت صاحبه ، وإنما ينتقل إلى ورثته ، ولهم حق ممارسة الخيار ما دامت المدة باقية .

(٢) يحق للورثة الاتفاق مع الطرف الآخر على تجديد مدة الخيار إذا دعت الحاجة لذلك .

(٣) يجب اتفاق الورثة على الرد أو الإمضاء ، وإذا مضت مدة خيار النقد دون أن يتفقوا فخيارهم يسقط، وينفسخ العقد ، ويجب عليهم رد المبيع إن كان مورثهم قد تسلمه، أما إذا مضت مدة خيار ارتجاع المبيع دون أن يتفقوا فقد لزمهم العقد ، وصار المبيع مملوكاً للطرف الآخر ، وليس لهم إلا الثمن .

المادة السادسة :

(١) يكون فسخ العقد أو إجازته بالقول أو الفعل الدال عليه ممن له الخيار على أن يكون ذلك في مدة الخيار شريطة إخطار الطرف الآخر بما اختاره صاحب الخيار على النحو الذى ورد فى خيار الشرط.

(٢) كل ما لم يرد ذكره في هذا الخيار يخضع للأحكام المقررة لخيار الشرط .

ثالثاً : أحكام خيار التعيين :

المادة الأولى :

(١) يجوز للعاقدين الاتفاق على أن يكون خيار التعيين لأحد هما أو للغير.

(٢) يحق لصاحب خيار التعيين أن يختار واحداً أو أكثر من بين الأشياء المخير فيها شريطة تحديد كل واحد منها على حده مع بيان ثمنها .

المادة الثانية :

(١) يجب أن يكون لخيار التعيين مدة معلومة يتم الاتفاق عليها من قبل الطرفين.

(٢) تبدأ مدة خيار التعيين من تاريخ العقد ، وتنتهي بنهاية الأجل المضروب لهـا، على أن تكون متصلة بالعقد، ومتوالية، ويجوز تجديد مـدة خيـار التعيـين بتراضي الطرفين.

المادة الثالثة :

(١) يجب ألا يقل عدد الأشياء المخير فيها عن اثنين ، على أن يتوافر في كل واحد منهما الشروط اللازمة للمعقود عليه .

(٢) يجوز أن يكون الحد الأعلى لعدد الأشياء المخير فيها ثلاثة فـأكثر ، ويحـق لصاحب الخيار أن يختار واحداً أو أكثر من بين الأشياء المخير فيها .

(٣) يجوز أن تكون الأشياء المخير فيها من نوع واحد أو جنس واحد أو من أنواع مختلفة أو أجناس مختلفة ، ويجوز أن تتحد أثمانها أو تختلـف علـى حسـب مقتضى الحال ، وما يراه البائع.

المادة الرابعة :

(١) يكون العقد مع خيار التعيين لازماً في واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها لا على التعيين .

(٢) يجب على صاحب الخيار أن يختار ما يناسبه من الأشياء المخير فيها خـلال مدة الخيار؛ فإذا تم الاختيار تعين المعقود عليه ، وصار مملوكاً له من تاريخ العقد لا من وقت الاختيار، وتكون له الزوائد المنفصلة التي حدثت للأشـياء التي اختارها ، ويقع عليه رد الأشياء التي لم يخترها مع زوائدها إلى مالكها.

المادة الخامسة :

(١) يجوز للعاقدين الاتفاق على شرط اقتران خيار التعيين بخيار الشرط ، ويكون العقد عندئذ غير لازم فى حق من له الخيار، كما يجوز لهما الاتفـاق علـى شرط اقتران خيار التعيين بخيار نقد الثمن .

(٢) يجوز لصاحب خيار التعيين المقترن بخيار الشرط أو النقد أن يمضى العقد أو يفسخه خلال مدة الخيار، فإذا فسخه وجب عليه رد جميع الأشياء المخير فيها إلى مالكها ، وإذا أجازه لزمه العقد فى الأشياء التى اختارها، وصارت مملوكة

له من تاريخ التعاقد ، ويقع عليه أن يرد بقية الأشياء التي لم يقع عليها الاختيار.

(٣) تكون ملكية المبيع في زمن خيار التعيين المقترن بخيار الشرط أو النقد لمن له الخيار فإن كان الخيار للمشتري وحده فملكية المبيع تكون له ، و إن كان الخيار للبائع وحده فالمبيع يظل معدوداً من ضمن أملاكه ، ويتم التوقف في زوائد المبيع المنفصلة حتى تنقضي مدة الخيار، ويتبين المالك الحقيقي للمبيع ، وعندئذ تصير الزوائد له، ويقع عليه مؤنتها من تاريخ العقد .

المادة السادسة :

(١) إذا تعيب أحد الشيئين المخير فيهما في يد البائع ، وكان الخيار للمشتري فللمشتري أن يأخذ السليم أو المتعيب ، وله أن يتركهما معا ، وإذا تعيبا معا فللمشتري الخيار في أخذ أحدهما أو تركهما معا

(٢) إذا تعيب أحد الشيئين المخير فيهما في يد البائع ، والخيار له ؛ فله أن يلزم المشتري أيهما شاء، وللمشتري أن يرفض أخذ المعيب، أو يقبله بثمنه المسمى، وإذا تعيبا معا فالبائع على خياره وله أن يختار أيهما شاء، وللمشتري أن يقبل المبيع الذي يلزمه به البائع أو يرفضه .

(٣) إذا تعيب أحد الشيئين المخير فيهما بيد المشتري، والخيار له تعين المتعيب للبيع، ويجب عليه دفع ثمنه، أما الآخر فهو أمانة يرده إلى بائعه ، أما إذا كان الخيار للبائع فخياره لا يسقط ، وله إلزام المشتري أيهما شاء ، ولا يجوز للمشتري رفض ذلك .

(٤) إذا تعيبا معاً في يد المشتري على التعاقب تعين الأول للبيع ، والآخر يجب رده لمالكه ، وإذا تعيبا معا في لحظة واحده فلا يتعين أحدهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه ، ولا يجوز له ردهما جميعاً لأن البيع لازماً في واحد غير معين منهما .

<u>المادة السابعة :</u>

(١) يبطل العقد إذا هلكت الأشياء المخير فيها جميعها بيد البائع سواء أكان الخيار له أم للمشتري. .

(٢) إذا هلك أحد الشيئين المخير فيهما بيد البائع ، وكان الخيار للمشترى فمن حق المشترى أن يأخذ السليم بثمنه أو يتركه .

(٣) إذا هلك أحد الشيئين المخير فيهما بيد المشترى والخيار له تعين الهالك للبيع ، ووجب عليه دفع ثمنه للبائع ،ورد السليم إليه لأنه أمانة عنده .

(٤) إذا هلك الشيئان معاً بيد المشترى ؛ فإن كان هلاكهما على التعاقب هلك الأول مبيعاً والآخر أمانة ، وإن هلكا في زمن واحد ، ولا يعلم السابق من اللاحق لزم المشترى نصف ثمن كل واحد منهما ،ويستوي في ذلك أن يكون الخيار له أو للبائع.

(٥) إذا هلك أحد الشيئين المخير فيهما بيد البائع وله الخيار ؛ فخياره لا يسقط ، وله إلزام المشتري بقبول الآخر أو فسخ العقد ، وليس للبائع أن يلزم المشتري بأخذ الهالك .

(٦) إذا هلك أحد الشيئين المخير فيهما بيد المشتري ، والخيار للبائع فلا يسقط خياره ، ويحق له أن يلزم المشتري بالآخر السليم ، أما الهالك فهو أمانة.

<u>المادة الثامنة</u>

(١) إذا اختلف الطرفان حول الهالك من الشيئين المخير فيهما ، وادعى البائع أن الهالك هو الذي ثمنه أكثر ، وادعى المشتري أن الهالك هو الذي ثمنه أقل يعتد بقول المشتري مع يمينه فإن كان للبائع بينة يعتد بقوله ، ويجب على المشتري أن يدفع ما ادعاه البائع .

<u>المادة التاسعة :</u>

(١) إذا مضت مدة خيار التعيين ، ولم يختر صاحب الخيار، وجب على القاضي تكليفه بالتعيين بناءً على طلب العاقد الآخر ، فإذا امتنع صاحب الخيار عن الاختيار جاز للقاضي حبسه حتى يعين ؛ فإن لم يمتثل عين القاضي المعقود عليه بدلاً عنه .

(٢) إذا مضت مدة خيار التعيين المقترن بخيار الشرط دون أن يختار صاحب الخيار سقط خياره، وصار العقد لازماً في واحد أو أكثر من الأشياء المخير فيها ، ووجب على القاضي تكليفه بالتعيين فإن لم يمتثل عين القاضي المبيع بدلا عنه .

(٣) إذا مضت مدة خيار التعيين المقترن بخيار النقد دون أن يختار صاحب الخيار سقط خياره وانفسخ العقد وعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

<u>المادة العاشرة :</u>

(١) إذا مات صاحب خيار التعيين غير المقترن بخيار الشرط انتقل الخيار إلى ورثته، ووجب عليهم الاتفاق على الاختيار خلال المدة المتبقية .

(٢) إذا مات صاحب خيار التعيين المقترن بخيار الشرط أو النقد انتقل الخيار إلى ورثته، ويحق لهم إجازة العقد أو فسخه في خلال المدة المتبقية للخيار، ويجب عليهم الاتفاق على الرد أو الإمضاء إن كانوا أكثر من واحد .

<u>المادة الحادية عشرة :</u>

(١) إذا جُن صاحب خيار التعيين أو أغمي عليه قام وليه مقامه ؛ فإذا لم يوجد عين القاضي شخصاً ليقوم مقام صاحب الخيار.

(٢) يجب على صاحب خيار التعيين أن يخطر الطرف الآخر بما استقر عليه .

وبعد لا أدعي أن هذا البحث قد أحاط بموضوع هذه الدراسة إحاطة شاملة، وكاملة؛ فالكمال لله وحده جل وعلا، وإنما هو جهد بشري يعتريه ما يعتري البشر من نقص، وسهو، ونسيان ، وهفوات وغير ذلك ؛ فالشكر لكل من نظر في هذا البحث، وكمّل نقصه أو أظهر عيوبه أو قدم نصيحة سديدة ، وأسأل الله أن يوفقنا لما يحبه ويرضاه، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، وأن يجنبنا العثرات والزلل، وأن يخرج هذا البحث مخرجاً كريماً ،إنه نعم المولى ، ونعم النصير .

تم بحمد الله....

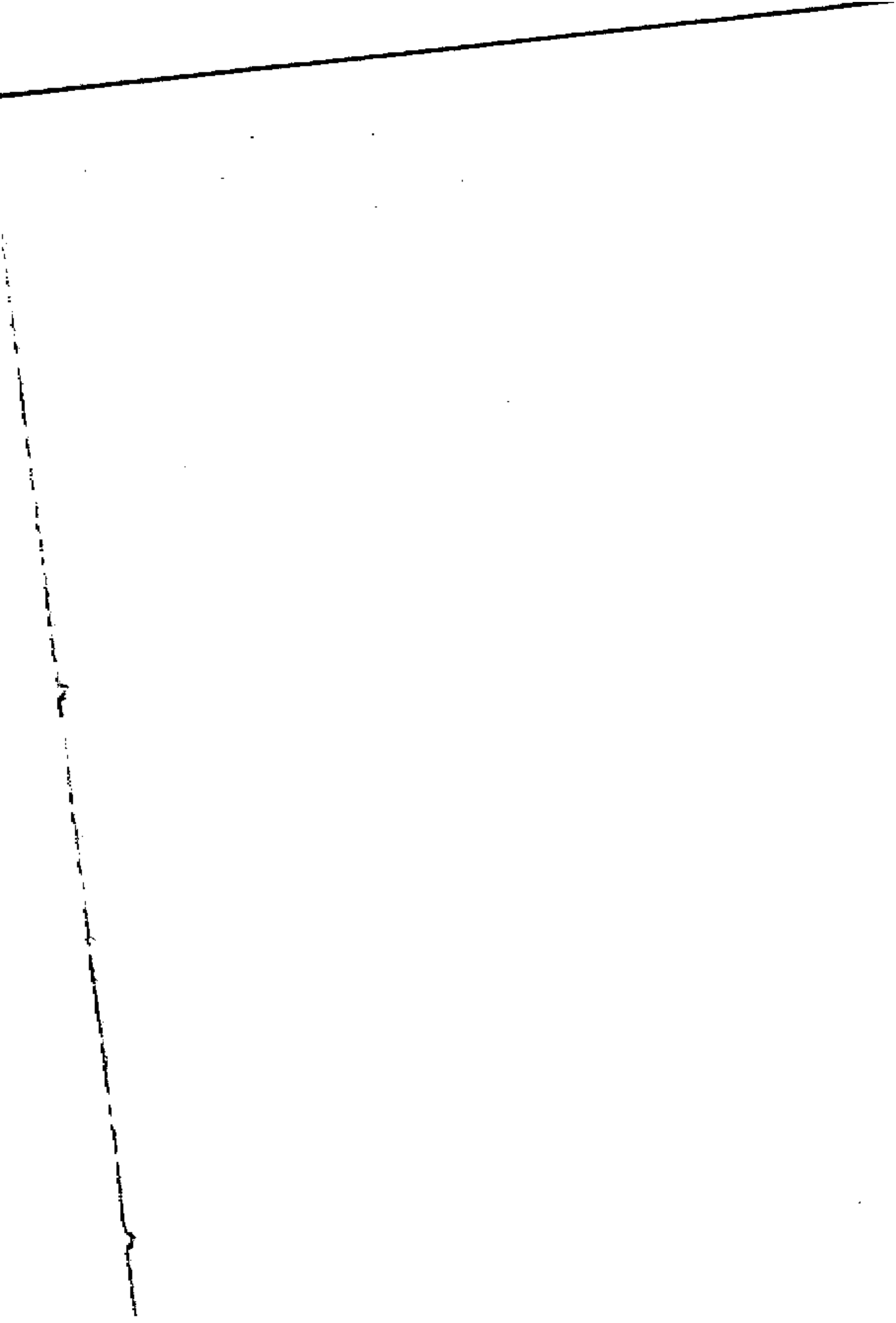


الملاحق

١- عقد بيع بخيار الشرط للمشترى وحده

٢- عقد بيع بخيار النقد للمشترى

٣- عقد بيع مع خيار التعيين للمشترى



بسم الله الرحمن الرحيم

عقد بيع بخيار الشرط للمشتري وحده

حرر هذا العقد بعون الله تعالى وتوفيقه في يوم / / ١٤٢٩ هـ ،

الموافق / /٢٠٠٨م ، بين كل من :

أولاً : مصرف .... الإسلامي

ومقره ....

ويمثله في التوقيع على هذا العقد : ....

بصفته : ....

وسيدعى فيما بعد ، ولأغراض هذا العقد الطرف الأول (المشتري).

ثانيا: شركة ....

ومقرها ....

ويمثلها في التوقيع على هذا العقد السيد :...

وستدعى لاحقاً ، ولأغراض هذا العقد الطرف الثاني (البائع).

وقد أقر الطرفان بأهليتهما للتصرف واتفقا على الأمور الآتية :

(١) باع بموجب هذا العقد بكافة الضمانات الفعلية والقانونية الطرف الثاني إلى الطرف الأول البضاعة المذكورة تفاصيلها أدناه .

....

....

(٢) اتفق الطرفان على أن يكون ثمن البضاعة مبلغاً وقدره ....

(٣) اتفق الطرفان على أن يخضع عقد البيع لخيار الشرط للمشتري (الطرف الأول) ، فيحق له إمضاء العقد أو فسخه في خلال مدة أقصاها سبعة أيام ، على أن تبدأ هذه المدة من تاريخ العقد ، أما بالنسبة للبائع فلم يشترط الخيار لنفسه ، وبذلك يعد العقد لازماً في حقه.

(٤) يجوز للطرفين الاتفاق على تجديد مدة خيار الشرط شريطة أن يكون ذلك في خلال مدة الخيار الأصلية.

(٥) يسقط خيار المشترى إذا مضت مدة الخيار المذكورة سلفاً، ويصير العقد لازماً في حق الطرفين .

(٦) يجب على الطرف الأول إخطار الطرف الثانى في حالة إمــضاء العقــد أو فسخه .

(٧) اتفق الطرفان على أن يتحمل الطرف الأول جميع مصروفات ورســوم نقــل الملكية.

(٨) يلتزم الطرف الأول بالقيام بكل الإجراءات اللازمة لنقل الملكية ، وتسجيل هذا العقد لدى دائرة التسجيل العقارى ، وفى حالة عدم امتثاله فإنه يحق للطــرف الثانى المطالبة القضائية بصحة عقد البيع ونفاذه على الطرف الممتنــع مــع المطالبة بتكبيده مصاريف الدعوى والتعويض عند الضرر.

(٩) يقر كل طرف باتخاذه محلاً مختاراً له بالعنوان المذكور بهذا العقد علــى أن ترسل له الإعلانات والمراسلات على هذا العنوان .

(١٠) كل ما لم يرد ذكره في هذا العقد يخضع لأحكام القوانين والقرارات المعمول بها فى دولة .... وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

(١١) تم التوقيع على هذا العقد من قبل الطرفين بعد التأكد من حيازة الطرف الثانى للبضاعة موضوع العقد ،وقد وقعا عليه ، وهما بكامل قواهما العقليــة ودون ضغط أو إكراه.

(١٢) حرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبه.

الطرف الأول	الطرف الثانى
(المشــترى)	(البــــائــع)

الشــــــــــــــهود

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد بيع بخيار النقد للمشترى

حرر هذا العقد بعون الله تعالى وتوفيقه في يوم / / ١٤٢٩ هـ ، الموافق / /٢٠٠٨م ، بين كل من :

(١) مصرف .... الإسلامي

ومقره ....

ويمثله في هذا العقد السيد: ....

بصفته : ....

وسيدعى فيما بعد ، ولأغراض هذا العقد الطرف الأول (البائع).

(٢) السيد / ....

ومقر إقامته : ....

وسيدعى فيما بعد ، ولأغراض هذا العقد الطرف الثاني (المشترى).

<u>وقد أقر الطرفان بأهليتهما للتصرف، واتفقا على الأمور الآتية :</u>

أولاً : باع بموجب هذا العقد بكافة الضمانات الفعلية والقانونية الطرف الأول إلى الطرف الثاني السيارة المذكورة تفاصيلها أدناه .

....

....

ثانياً : اتفق الطرفان على أن يكون ثمن السيارة مبلغاً وقدره ....

ثالثاً : اتفق الطرفان على أن يخضع عقد البيع لخيار النقد للمشترى(الطرف الثاني) ، ولمدة عشرة أيام ، على أن تبدأ هذه المدة من تاريخ العقد .

رابعاً : يجب على الطرف الثاني(المشتري) أن يخطر الطرف الأول (البائع) في حالة فسخه للعقد أو إجازته، ويسقط خيار المشتري (الطرف الثاني) إذا لم يقم بنقد الثمن خلال المدة المحددة للخيار ، وعندئذ يصير العقد كأن لم يكن .

خامساً : يجوز للطرفين الاتفاق على تجديد مدة خيار النقد شريطة أن يكون ذلك في مدة الخيار الأصلية .

سادساً : اتفق الطرفان على أن يتحمل الطرف الثاني جميع مصروفات ورسوم نقل الملكية.

سابعاً : يقر كل طرف باتخاذه محلاً مختاراً له بالعنوان المذكور بهذا العقد على أن ترسل له الإعلانات والمراسلات على هذا العنوان.

ثامناً : كل ما لم يرد ذكره في هذا العقد يخضع لأحكام القوانين والقرارات المعمول بها في دولة .... وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

تاسعاً : تم التوقيع على العقد من قبل الطرفين بعد التأكد من حيازة الطرف الأول للسيارة موضوع العقد ، وقد وقعا وهما بكامل قواهما العقلية، ودون ضغط أو إكراه ، وأمام الشهود، والله خير الشاهدين.

عاشراً : حرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبه.

الطرف الأول
(البائع)

الطرف الثاني
(المشتري)

الشهود

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد بيع مع خيار التعيين للمشتري

تم بعون الله تعالى وتوفيقه إبرام هذا العقد في يوم / / ١٤٢٩ هـ ، الموافق / /٢٠٠٨م ، بين كل من :

(١) محل تجاري ....

ومقره ....

ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد: ....

بصفته : ....

وسيدعى لاحقاً ، ولأغراض هذا العقد الطرف الأول (المشتري).

(٢) مصرف .... الإسلامي

ومقره: .... ص . ب

ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد : ....

وسيدعى لاحقاً ، ولأغراض هذا العقد الطرف الثاني (البائع).

<u>وقد أقر الطرفان بأهليتهما للتصرف والتعاقد واتفقا على بنود العقد الآتية :</u>

أولاً : باع الطرف الثاني للطرف الأول إحدى السيارات الثلاث المبينة تفاصيلها أدناه.

....

....

ثانياً : يقر الطرف الثاني بأن ملكيته للسيارات ، قد آلت إليه بطريق .... من .... بموجب .... ، ويقر أنه الحائز لها دون منازعة، وبصفة ظاهرة ومستمرة وغير منقطعة ، ولم يسبق له التصرف فيها ، ويضمن أنها خالية من كافة الحقوق العينية أياً كان نوعها ؛كالرهن، والوقف ، وغير ذلك.

ثالثاً : اتفق الطرفان على أن يكون البيع موضوع هذا العقد خاضعاً لخيار التعيين للمشتري فقط (الطرف الأول)، حيث يحق له أن يختار سيارة واحدة من بين السيارات الثلاث المخير فيها ، وذلك في مدة أقصاها عشرة أيام لا غير.

رابعاً : قام الطرف الثانى (البائع) بتحديد ثمن معين لكل سيارة على حده ، وبيّن أوصاف كل سيارة على حده .

خامساً : يقر الطرف الأول (المشترى) بأنه عاين السيارات المخير فيها بموجب هذا العقد المعاينة التامة النافية للجهالة شرعاً ، وأنه قبل أن يختار سيارة واحدة بحسب ثمنها المسمى ومواصفاتها.

سادساً : يجوز للطرفين الاتفاق على تجديد مدة خيار التعيين، وذلك قبل انقضاء المدة الأصلية للخيار.

سابعاً : يجب على الطرف الأول أن يختار السيارة التى تناسبه من بين الثلاث المخير فيها قبل انقضاء مدة الخيار ، وإذا انقضت مدة الخيار ولم يختر يجوز للطرف الثانى اللجوء إلى القضاء لإلزام الطرف الأول بالاختيار .

ثامناً : إذا اختار الطرف الأول السيارة التى تناسبه وجب عليه إخطار الطرف الثانى بذلك .

تاسعاً : يلتزم الطرف الأول بتحمل جميع مصروفات ورسوم نقل الملكية ، ويجب عليه القيام بكافة الإجراءات اللازمة لنقل الملكية، وتسجيل هذا العقد فى مصلحة المساحة، والسجل العقارى.

عاشراً : يقر كل من الطرفين باتخاذه محلاً مختاراً له بالعنوان المذكور بهذا العقد ، وتعد جميع المراسلات والإعلانات التى ترسل له بهذا العنوان صحيحة وقانونية.

الحادى عشرة : كل ما لم يرد ذكره فى هذا العقد يخضع لأحكام القوانين والقرارات المعمول بها فى دولة........ وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية

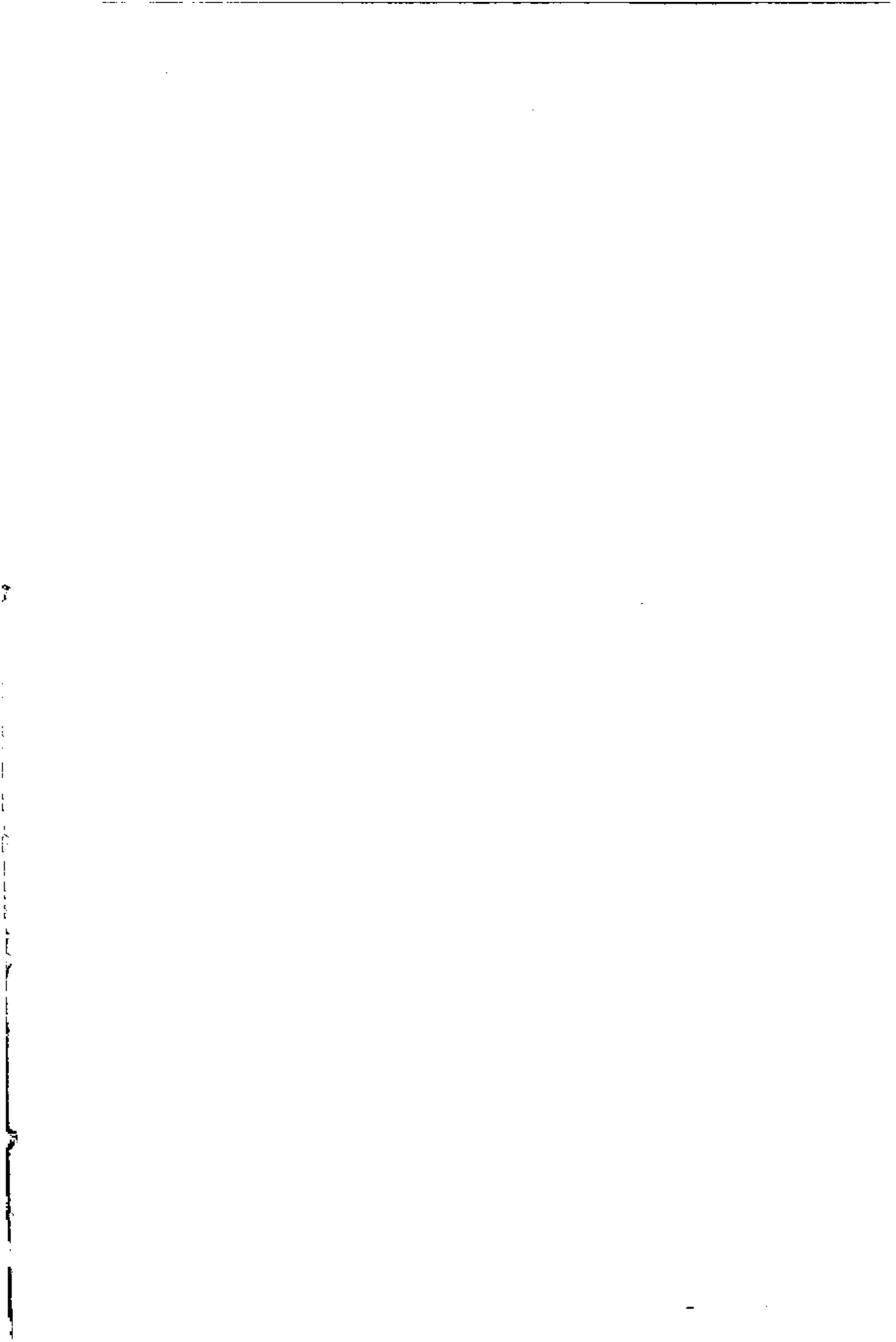
الثانى عشرة: حرر هذا العقد من .... نسخ متطابقة يسلم كل من الطرفين نسخة للعمل بموجبها بعد تلاوته بنفسه ، وموافقته على كل ما جاء به ، وقد وقع الطرفان على هذا العقد وهما بكامل قواهما العقلية ودون ضغط أو إكراه ، وأمام شهود ، والله خير الشاهدين .

الطرف الأول
(المشترى)

الطرف الثانى
(البائع)

الشهود

فهارس الرسالة:



أولاً: فهرس الآيات القرآنية

م	اسم السورة	قال الله تعالى:	رقم الآية	رقم الصفحة
١	البقرة	...وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ.	١٧٧	٦٧
٢	البقرة	الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ	٢٧٥	٨٧
٣	البقرة	...وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ	١٨٧	١٣١
٤	النساء	وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا	٢	١٣٠
٥	النساء	وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...	١٢	٢٠٧
٦	النساء	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا .	٢٩	٤١٨، ٤٢٣

م	اسم السورة	قال الله تعالى:	رقم الآية	رقم الصفحة
٧	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ.	١	٦٧،٦٥،٦٢، ٢٧١
٨		مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ	١٠٣	١٥٧
٩		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا ...	٦	١٣١
١٠	القصص	وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ .	٦٨	٢
١١	الأحزاب	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا .	٣٦	٢
١٢	الشورى	أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ	٢١	٦٦
١٣	محمد	فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ	١٨	٣٠،٢٩

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

"مرتبة على الأحرف الأبجدية"

م	الحـــديث	رقم الصفحة
١	إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ.	٤٤،١٠
٢	إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا	٤٥
٣	إِنْ كُنْتَ غَيْرَ تَارِكٍ الْبَيْعَ فَقُلْ هَاءَ وَهَاءَ وَلَا خِلَابَةَ	٤٦
٤	بَايِعْ وَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلاَثًا	٤٥
٥	الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ وَرُبَّمَا قَالَ أَوْ يَكُونُ بَيْعَ خِيَارٍ.	٩، ٨
٦	لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تُصَرُّوا الْغَنَمَ وَمَنْ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ .	٩
٧	لَا يَفْتَرِقَنَّ اثْنَانِ إِلَّا عَنْ تَرَاضٍ.	٦٣، ٥٢
٨	الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ"	٤٦، ٨
٩	الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا .	١١٢، ٥٩،٤٨
١٠	الْمُسْلِمُونَ عِنْد شُرُوطِهِمْ ما وافق الحق .	٤٩
١١	مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ .	٢٩١
١٢	مَنْ أَقَالَ نادما أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ	٢٩١
١٣	مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ	٦٢، ٥١

ثالثاً : فهـــرس الأعلام

"مرتبة على الأحرف الأبجدية"

م	الاسم	رقم الصفحة
١٨	عمر بن الحسين بن عبد الله أبو القاسم (الخرقي)	١٧٢
١٩	عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة (الماجشون)	٢٠١
٢٠	كثير بن زيد الأسلمى ثم السهمي	٥٩
٢١	الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي أبو الحارث(الليث بن سعد)	١٠٧
٢٢	محمد بن محمد بن عرفة الورغمى (ابن عرفة)	٣٢
٢٣	محمد بن يحيى بن حبان ابن منقذ الأنصاري (تابعي)	٥٦
٢٤	محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار أبو بكر المطلبى (ابن إسحاق)	٥٧
٢٥	محمد بن الحسين بن خلف بن أحمد بن الفراء (القاضى)	١٠٦
٢٦	محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى بن يسار الأنصاري (ابن أبى ليلى)	١٠٩
٢٧	محمد بن عبد الله بن احمد بن صالح بن محمد بن عبد الله الغزى (التمرتاشي)	١٥٨
٢٨	محمد بن خلف بن حيان بن صدقة بن زياد القاضى (وكيع)	٣٠٤
٢٩	محمد بن سيرين الأنصاري (تابعي)	٣٠٢
٣٠	محفوظ بن أحمد (أبو الخطاب)	٤١٠
٣١	محمد بن إبراهيم بن زياد (ابن المواز)	٤٩٨
٣٢	محمد بن أحمد بن حمزة بن الحسين (أبو شجاع) والسغدي	٢٨٠

رابعاً : فهرس المصادر والمراجع([1])

القرآن الكريم

كتب التفسير وأحكام القرآن

(١) أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازي الجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، مطبعة الأوقاف ، الإسكندرية ، ١٣٢٥هـ.

(٢) أحكام القرآن لأبى محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (تحقيق على محمد البجارى) دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، دون تاريخ نشر .

(٣) أيسر التفاسير لكلام العلى الكبير لأبى بكر الجزائري ، دار السلام ، القاهرة ، ط٤ ، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م .

(٤) تفسير الماوردي المسمى النكت والعيون لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ،دار الصفوة للطباعة ، القاهرة ،ط١ ،١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

(٥) تيسير الكريم الرحمن فى تفسير كلام المنان لعبد الرحمن السعدي ، مؤسسة الريان ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠١م.

(٦) التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج للدكتور/ وهبة الزحيلى ، دار الفكر، دمشق ، ط١ ،١٤١١هـ/١٩٩١م .

(٧) الجواهر الحسان في تفسير القرآن لعبد الرحمن الثعالبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م.

(٨) جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبى جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى ٣١٠ هـ ، دار الفكر العربى ، بيروت ، لبنان، ١٤٠٥هـ /١٩٨٤م.

(٩) الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبى (كتاب الشعب) ، القاهرة ، دون تاريخ نشر .

([1]) رتبت جميع المصادر والمراجع ترتيباً أبجدياً حسب اسم المرجع.

(١٠) روح المعاني فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى لشهاب الدين السيد محمود الآلوسي ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

كتب الحديث النبوي وعلومه:

(١١) الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، ترتيب الأمير علاء الدين علـــى بـــن بلبان الفارسي المتوفى سنة ٧٣٩ هـ (تحقيـــق كمـــال يوســـف الحـــوت) ، دار الكتـــب العلميـــة ، بيـــروت ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

(١٢) إرواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل لمحمد ناصر الدين الألبـــاني ، المكتب الإسلامى ، ط٢ ،١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

(١٣) إعلاء السنن للمحدث الناقد أحمد العثماني التهانوي المتوفى سنة ١٣٩٤هـ (تحقيق حازم القاضى) دار الكتب العلمية ، بيروت.

(١٤) أخبار القضاة لمحمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع ، عـــالم الكتـــب ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(١٥) بغية الرائد فى تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ (تحقيق عبد الله محمد الدرويش) دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢م.

(١٦) التوشيح شرح الجامع الصحيح (شرح صحيح البخاري) للإمام الحافظ أبى الفضل جلال الدين عبد الـــرحمن الـــسيوطي (تحقيـــق رضوان جامع رضوان) مكتبة الرشد ، الريـــاض ، ط١ ١٩٩٨م.

(١٧) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للإمام الحافظ أبى العُلا محمـــد عبـــد الرحمن ابن عبد الرحيم المباركفوري المتوفى في ســـنة ١٣٥٣هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر.

(١٨) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي لجلال الدين السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٢ ،١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

(١٩) التلخيص الحبير في تاريخ أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلانى ، مكتبة نزار مصطفى ، مكة المكرمة ،ط٢ ،١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

(٢٠) الجامع الكبير للإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩هـ (تحقيق الدكتور / بشار عواد معروف) ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٩٨م.

(٢١) دلائل الأحكام من أحاديث الرسول عليه السلام تصنيف بهاء الدين أبى المحاسن يوسف بن رافع بن شداد الحلبي الشافعي المقرئ المتوفى فى ٦٣٢هـ ، دار قتيبة ، دمشق،ط٣ ١٤١٣هـ/ ، ١٩٩٣م.

(٢٢) السنن الكبرى للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨هـ(تحقيق محمد عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

(٢٣) سنن الدار قطني للإمام الحافظ على بن عمر الدارقطنى المتوفى سنة ٣٨٥هـ ، وبذيله التعليق المغنى على الدارقطنى لأبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، عالم الكتب ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(٢٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للشيخ محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢هـ ،(تحقيق فواز أحمد وإبراهيم محمد الجمل) دار الكتاب العربى ، بيروت ، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

(٢٥) سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٣هـ ، (تحقيق الدكتور / بشار عواد معروف) دار الجيل ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

(٢٦) السنن الكبرى للإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (تحقيق الدكتورعبدالغفار سليمان البنداري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط١ ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

(٢٧) سنن أبي داود للإمام الحافظ أبى داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأردي المتوفى ٢٧٥هـ ،(مراجعة محمد محيى الدين عبد الحميد) دار إحياء السنة النبوية ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(٢٨) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندى ، دار الجيل ، بيروت، دون تاريخ نشر .

(٢٩) شرح الزرقاني على مو طأ الإمام مالك تأليف محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزر قاني المتوفى في١١٢٢هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.

(٣٠) شرح صحيح البخاري لابن بطال أبى الحسن على بن خلف بن عبد الملك اليمني ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط١ ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.

(٣١) شرح السنة لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي المتوفى سنة ٥١٦ هـ (تحقيق على معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٢، ١٩٩٢م.

(٣٢) صحيح مسلم بشرح النووي للإمام الحافظ محي الدين أبو زكريا يحيى ابن شرف النووي ، المطبعة المصرية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(٣٣) صحيح سنن النسائي باختصار السنة تصحيح محمد ناصر الدين الألباني ، مكتب التربية العربى ، الرياض ، ط١ ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م.

(٣٤) صحيح مسلم مع شرحه المسمى إكمال إكمال المعلم للإمام محمد بن خليفة الوشتانى الأُبي المتوفى سنة ٨٢٨هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

(٣٥) صحيح سنن ابن ماجه باختصار السند تأليف محمد ناصر الدين الألباني ، مكتب التربية العربي ، الرياض ، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م.
(٣٦) عون المعبود شرح سنن أبى داود للعلامة أبى الطيب محمد شرف الحق العظيم آبادي مع شرح الحافظ ابن القيم الجوزية (تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان) مطابع المجد ، القاهرة ، ط٢ ، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
(٣٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى فى ٨٥٢هـ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ط٢ ،١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.
(٣٨) كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال للعلامة علاء الدين على المتقي بن حسام الدين الهندي المتوفى سنة ٩٧٥هـ ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
(٣٩) معرفة السنن والآثار لأبى بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، دار قتيبة للطباعة ، دمشق ، ط١ ، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
(٤٠) المستدرك على الصحيحين في الحديث لأبى عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥هـ ، وفى ذيله تلخيص المستدرك للإمام الحافظ شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٨٤٨ هـ ، مكتبة النصر الحديثة ، الرياض ، دون عام نشر.
(٤١) مسند الإمام أحمد ، المكتب الإسلامى ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٨٩هـ / ١٩٧٨م.
(٤٢) المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ ،(تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي) المكتب الإسلامى ، بيروت ، ط٢ ،١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
(٤٣) الموطأ لعالم المدينة مالك بن أنس الأصبحي اليمني (تحقيق سعيد محمد اللحام) ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، ط٣ ١٩٩٤م.

(٤٤) المسند للحافظ أبى بكر عبد الله بن الزبير الحميدي المتوفى سنة٢١٩هـ (حبيب الرحمن الأعظمي) ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٣٨٢هـ.
(٤٥) المعجم الكبير للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني المتوفى في ٣٦٠هـ (تحقيق حمدي عبد المجيد) ، مطبعة الأمة ، بغداد ، ١٩٨٤م.
(٤٦) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن على ابن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون تاريخ نشر .
(٤٧) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.
(٤٨) نصب الراية لأحاديث الهداية للعلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة٧٦٢هـ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، ١٩٨٧م.

<u>**كتب اللغة العربية والمعاجم:**</u>

(٤٩) أساس البلاغة لأبي القاسم محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري ، دار صادر ، بيروت ، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.
(٥٠) تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي الحنفي، المطبعة الخيرية بالجمالية ، القاهرة ، ط١ ، ١٣٠٦هـ.
(٥١) التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٣ ، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
(٥٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط٣ ، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
(٥٣) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر.

(٥٤) لسان العرب لمحمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن حبقة بن منظور بن ثابت الأنصاري المتوفى ٧١١هـ(تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرين) ، دار المعارف ، القاهرة ، ط٣ ، دون تاريخ نشر.

(٥٥) معجم مقاييس اللغة لأحمد بن زكريا بن فارس المتوفى سنة ٣٩٥هـ(تحقيق عبد السلام محمد هارون) ، دار الجيل ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(٥٦) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي تأليف أحمد بن محمد بن علي الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ (تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي) دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٧م.

(٥٧) مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

كتب التراجم والأنساب :

(٥٨) الإصابة فى تمييز الصحابة لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي الكناني العسقلاني ثم المصري الشافعي المعروف بابن حجر المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، القاهرة ، ط١ ، ١٣٢٨هـ.

(٥٩) أسد الغابة فى معرفة الصحابة لأبى الحسن علي بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠هـ ، مكتبة الشعب ، القاهرة ، طبعة ١٩٧٠م.

(٦٠) الاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، (تحقيق علي محمد البجاوي) دار الجيل ، بيروت، ط١ ١٤١٢هـ/١٩٩٢م].

(٦١) الأعلام لخير الدين الزر كلي ، دار العلم للملايين ، بيروت ،ط٤، ١٩٧٩م.

(٦٢) البداية والنهاية لأبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ ، مكتبة النصر ، الرياض ، ط١ ، ١٩٦٦م.

(٦٣) تذكرة الحفاظ للإمام شمس الدين محمد الذهبي المتوفى ٧٤٨هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٧٤هـ/١٩٥٤م.

(٦٤) تهذيب التهذيب للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر أباد، الهند ، ط١ ، ١٣٢٦هـ.

(٦٥) التاريخ الكبير لأبي عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الجعفى البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ ،دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م.

(٦٦) تاريخ بغداد للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي المتوفى سنة ٤٦٣هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ١٤١٧، هـ/ ١٩٩٧م.

(٦٧) تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي المتوفى سنة ٧٤٢هـ (تحقيق بشار عواد معروف) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٥ ١٤١٣، هـ/ ١٩٩٢م.

(٦٨) تقريب التهذيب للإمام شهاب الدين أحمد بن على الشهير بابن حجر العسقلانى المتوفى٨٥٢هـ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٢ ، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.

(٦٩) تهذيب الأسماء واللغات لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ،دار الكتب العلمية ،بيروت، دون تاريخ نشر .

(٧٠) الثقات للإمام الحافظ أبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي المتوفى٣٥٤هـ ، مؤسسة الكتاب الثقافية، حيدر آباد ، ط١ ، ١٩٨١م.

(٧١) الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر بن محمد بن محمد بن أبي الوفاء القرشي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٥هـ (تحقيق الدكتور/ عبد الفتاح محمد الحلو) ، هجر للطباعة والنشر ، الرياض ، ط٢ ، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م

(٧٢) الجرح والتعديل للإمام الحافظ عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي ،دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ،دون تاريخ نشر .

(٧٣) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني المتوفى سنة ٤٣٠هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر.

(٧٤) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لإبراهيم بن علي بن فرحون المتوفى سنة٧٩٩هـ(تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور) ، دار التراث ، القاهرة ، طبعة ١٩٧٢م.

(٧٥) الذيل على طبقات الحنابلة للحافظ زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي الحنبلي المعروف بابن رجب المتوفى سنة٧٩٥هـ ، دار المعرفة ، بيروت ، دون تاريخ نشر .

(٧٦) سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٩ ،١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

(٧٧) شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المتوفى سنة ١٠٨٩هـ ، دار الأوقاف الجديدة ، بيروت ، دون تاريخ نشر .

(٧٨) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد بن مخلوف ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ١٣٤٩هـ.

(٧٩) صفوة الصفوة لجمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧هـ، (تحقيق محمود فاخوري)،دار الوعي، حلب، ١٩٧٠م.

(٨٠) طبقات الحنابلة للقاضي أبي الحسين محمد بن أبى يعلى ، دار المعرفة ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(٨١) طبقات الشافعية للإمام تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن صلاح المتوفى سنة٦٤٣هـ(تحقيق تقي محيي الدين علي نجيب) ، دار البشائر ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٢م.

(٨٢) طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة٧٧١هـ(تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح الحلو) ، مطبعة الحلبي، القاهرة ط١ ، ١٣٨٧هـ/ ١٩٧٠م.

(٨٣) طبقات الحفاظ للحافظ جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ(تحقيق علي محمد عمر) ، مكتبة وهبه ، القاهرة ، ط١، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م) .

(٨٤) الفوائد البهية فى تراجم الحنفية لمحمد عبد الحي الهندي ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، دون تاريخ نشر .

(٨٥) الكاشف فى معرفة من له رواية فى الكتب الستة للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي الدمشقي المتوفى ٧٤٨هـ ، دار القبلة للثقافة الإسلامية ، جدة ، ط١ ، ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م.

(٨٦) الكامل فى التاريخ للعلامة عز الدين أبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠هـ ، دار صادر ، بيروت ، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

(٨٧) لسان الميزان لابن حجر العسقلاني ، (تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.

(٨٨) معجم البلدان للإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.

(٨٩) ميزان الاعتدال في نقد الرجال للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ(علي معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

(٩٠) معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٥٧م.

(٩١) مشاهير علماء الأمصار أعلام فقهاء الأقطار للإمام محمد بن حبان التميمي البستي المتوفى سنة ٣٥٤هـ ،دار الوفاء للطباعة والنشر ، المنصورة،١٤١١هـ/١٩٩١م).

(٩٢) وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن بكر ابن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ ، (تحقيق الدكتور إحسان عباس) ، دار الثقافة ، بيروت ١٩٦٨م.

كتب أصول الفقه :

(٩٣) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ(تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل) دار السلام ، القاهرة ،ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

(٩٤) الإحكام في أصول الأحكام لعلي بـن أبـي علـي بـن محمـد الآمـدي المتـوفى٦٣١هـ، مؤسسة الحلبـي ، القـاهرة ، ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م .

(٩٥) أصول الفقه للـدكتور / وهبـه الزحيلـى ، دار الفكـر ، دمـشق ، ط٢ ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

(٩٦) التحصيل من المحصول لسراج الدين محمود بن أبي بكر الأرموى المتوفى في ٦٨٢هـ(تحقيق عبـد الحميـد علـي أبوزنيـد) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،ط١ ١٤٠٨هـ/١٩٩٨م.

(٩٧) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير فى أصول الفقـه للعلامـة محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار المتوفى سنة ٩٧٢هـ ،(تحقيـق الدكتورين محمد الزحيلي ونزيه حماد) مكتبة العبيكان ، الرياض ،١٤٠٨هـ/ ١٩٩٣م.

(٩٨) ميزان الأصول فى نتائج العقول لعلاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي المتوفى في ٥٣٩هـ(تحقيق الـدكتور محمد زكي عبد البر) ، مكتبة دار التراث ، القاهرة ،ط٢ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

(٩٩) المنار لعبد الله بن أحمد النسفي بشرح فتح الغفار لزين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، ط١ ، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.

(١٠٠)الموافقات فى أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي، وهو إبـراهيم بـن موسى اللخمي المالكي المتوفى سنة ٧٩٠هـ، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

كتب الفقـــه :

كتب الفقــه الحنفي:

(١٠١)الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م.

(١٠٢)الأصل للإمام محمد بن الحسن الشيباني (تحقيق الدكتور شفيق شحاتة) مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٤م.

(١٠٣)إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لشمس الدين يوسف بن فرغلي المعروف بسبط ابن الجو زي المتوفى سنة٦٥٤هـ(تحقيق ناصر العلي الناصر الخليفي)، دار السلام ، القاهرة ، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م.

(١٠٤)البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٣ ، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.

(١٠٥)بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ (تحقيق الشيخين على معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

(١٠٦)البناية فى شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ، دار الفكر، بيروت ، ط١ ،١٤٠١ هـ / ١٩٨١م

(١٠٧)تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، وبهامشه حاشية الشيخ الإمام شهاب الدين أحمد الشلبي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ط١ ، ١٣١٤هـ.

(١٠٨)تحفة الفقهاء للسمرقندى أبى بكر علاء الدين محمد بن أحمد المتوفى ٥٣٩هـ ، دار الكتب العلمية،ط١ ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م .

(١٠٩)جامع الفصوليين لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوه ، المطبعة الكبرى ببولاق ، القاهرة ، ط١ ، ١٣٠١هـ ، ١٨٨٠م.

(١١٠)حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(١١١)درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(١١٢)رؤوس المسائل لأبي القاسم محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري(تحقيق عبد الله نذير أحمد) ، ط١ ،دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤٠٧هـ ، ١٩٨٧م.

(١١٣)رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار تأليف محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف ، (تحقيق الشيخين على معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

(١١٤)شرح فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، دون تاريخ نشر .

(١١٥)شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني ، دار المعارف ، الاستانة ، ١٤٠٦هـ ، ١٩٨٦م.

(١١٦)العناية شرح الهداية لمحمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر .

(١١٧)غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لزين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم (شرح أحمد الحموي) ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١ ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

(١١٨)الفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند الأعلام برئاسة الشيخ نظام ، دار صادر ، بيروت ، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.

(١١٩) اللباب في شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي المتوفى في سنة ٤٢٨هـ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

(١٢٠) مختصر اختلاف العلماء تصنيف أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى المتوفى سنة ٣٢١هـ (اختصار أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي المتوفى في ٣٧٠هـ) ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ،ط١ ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

(١٢١) المبسوط لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السر خسي ، دار المعرفة ، بيوت ، ط٣ ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.

(١٢٢) ملتقى الأبحر تأليف إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي المتوفى ٩٥٦هـ، (تحقيق وهبي سليمان الألباني) مؤسسة الرسالة ، ط١، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.

(١٢٣) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر تأليف عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداما أفندي ، دار إحياء التراث العربى، بيروت ،دون تاريخ نشر .

(١٢٤) المخارج في الحيل للإمام محمد بن حسن الشيبانى المتوفى سنة ١٨٩هـ، مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٣٠م.

(١٢٥) مرآة المجلة تأليف يوسف آصاف ، المطبعة العمومية ، مصر ، ١٨٩٤م.

(١٢٦) موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدورى ، المتوفى ٤٢٨هـ (تحقيق الدكتورين / محمد أحمد سراج ، وعلى جمعة محمد) دار السلام ، مصر ، ط١ ، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م.

(١٢٧) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية لمحمد قدري باشا، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ط٣ ١٩٠٩م.

(١٢٨) الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين أبي الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المرغينانى المتوفى سنة

٥٩٣هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، الطبعة الأخيرة ، دون تاريخ نشر.
(١٢٩)الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني مع نصب الراية للزيلعى ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٥م.

<u>كتب الفقه المالكي:</u>

(١٣٠)الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأفكار تصنيف ابن عبد البر الإمام الحافظ أبى عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمرى الأندلسى المتوفى في سنة ٤٦٣هـ ،دار الوعي (حلب/القاهرة) ،ط١ ،١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
(١٣١)أسهل المدارك شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك (جمعه أبو بكر بن حسن الكشناوي) ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط١ ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
(١٣٢) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن محمد الصاوي المتوفى سنة ١٢٤١هـ على الشرح الصغير لأحمد الدر دير ، مكتبة الحلبي ، القاهرة،١٩٥٢م .
(١٣٣)بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبى الأندلسى الشهير بابن رشد الحفيد ، (تحقيق الدكتور عبد الله العبادي) دار السلام، القاهرة، ط١ ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
(١٣٤)البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن على بن عبد السلام التسولي ، دار الفكر للطباعة ، بيروت، ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م.
(١٣٥)البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل فى مسائل المستخرجة لأبى الوليد ابن رشد القرطبى (الجد) المتوفى سنة٥٢٠هـ (تحقيق الدكتور محمد حجي)، دار الغرب الإسلامى، بيروت، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

(١٣٦)بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد "الحفيد" المتوفى سنة ٥٩٥هـ (تحقيق عبد الرءوف سعد) دار الجيل ، بيروت ، ط١ ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.

(١٣٧)تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك للعلامة عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد الشنقيطي الموريتاني ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت، ط٢ ،١٩٩٥م.

(١٣٨)التفريع لأبى القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري المتوفى ٣٧٨هـ(تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهماني) ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، الطبعة الأولى ،١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م.

(١٣٩) جواهر الأ كليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، دار الفكر العربي، بيروت، دون تاريخ .

(١٤٠)جامع الأحكام الفقهية للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ،١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

(١٤١)حاشية الدسوقي للعلامة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي المتوفى ١٢٣٠هـ على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدر دير المتوفى سنة ١٢٠١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

(١٤٢)حاشية الرهوني على شرح الزرقانى لمختصر خليل ، دار الفكر العربى ، بيروت ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.

(١٤٣)حاشية العدوي للشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي الشاذلي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة

ابن أبى زيد القيرواني ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ١٣٥٧هـ/ ١٩٣٨م.

(١٤٤)الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفى ٦٨٤هـ (تحقيق محمد بوخبزة) دار الغرب الإسلامى ، بيروت، ١٩٩٤م.

(١٤٥)سراج السالك شرح أسهل المسالك ، تأليف السيد عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي ، المكتبة الثقافية ، بيروت، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

(١٤٦)شرح الزرقانى على مختصر سيدي خليل لعبد الباقى الزرقانى على مختصر أبى الضياء سيدى خليل ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.

(١٤٧)شرح الخرشي للإمام محمد بن عبد الله بن على الخرشي المالكي المتوفى ١١٠١هـ ، على مختصر خليل للعلامة خليل بن إسحاق موسى المالكي المتوفى ٧٦٧هـ، دار الكتب العلمية،بيروت،،ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

(١٤٨)شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية لأبى عبد الله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى ٨٩٤هـ ، (تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري) ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٣م.

(١٤٩)شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد أحمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ، دار الفكر العربي، بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

(١٥٠)عدة البروق في جمع ما فى المذهب من الجموع والفروق لأبي العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد الونشريسي ، (تحقيق حمزة أبو فارس) ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ط١ ، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.

(١٥١)فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك تأليف أبي عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، القاهرة ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م.

(١٥٢)الفواكه الدواني شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المتوفى١١٢٠هـ على رسالة أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي ،مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ط٣ ، ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م.

(١٥٣)الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي المتوفى سنة٦٨٤هـ، دار المعرفة للطباعة، بيروت، دون تاريخ نشر.

(١٥٤)قوانين الأحكام الشرعية تأليف محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ، (تحقيق عبد الرحمن حسن محمود) ، عالم الفكر ، القاهرة ، ط١ ، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

(١٥٥)القوانين الفقهية لابن جزى الكلبي ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ١٩٨٤م

(١٥٦)المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي المتوفى ١٧٩هـ رواية الإمام سحنون بن سعيد عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

(١٥٧)المعونة على مذهب عالم المدينة تصنيف القاضي أبي محمد عبد الوهاب على بن نصر المالكى المتوفى سنة ٤٢٢هـ (تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعى) ، دار الكتب العلمية ، بيروت،ط١ ،١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

(١٥٨)معين الحكام على القضايا والأحكام لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع المتوفى سنة٧٣٣هـ (تحقيق الدكتور/ محمد بن قاسم بن عياد) دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٨٩م.

(١٥٩)المقدمات الممهدات لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي(الجد) المتوفى ٥٢٠هـ (تحقيق / سعيد أحمد إعرابي وعبد الله الأنصاري) دار الغرب الإسلامي ، بيروت ،١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

(١٦٠)مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤هـ ، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، والمتوفى في سنة ٨٩٧هـ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.

(١٦١)مختصر خليل للعلامة الشيخ خليل بن إسحاق المالكي ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر .

(١٦٢)المنتقى شرح مو طأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي المتوفى سنة ٤٧٤هـ ، دار الكتاب العربي، بيروت ،ط١ ،١٣٣١هـ .

كتب الفقه الشافعي:

(١٦٣)أسني المطالب شرح روض الطالب للقاضي أبى يحيى زكريا الأنصاري الشافعى المتوفى ٩٢٦هـ ، دار الكتاب الإسلامى ، القاهرة، دون تاريخ نشر.

(١٦٤)إخلاص الناوي لشرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقرئ المتوفى سنة ٨٣٧هـ (تحقيق عبد العزيز عطية زلط) ، وزارة الأوقاف ، القاهرة ، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.

(١٦٥)الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى ٩١١هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣م

(١٦٦)اختلاف الفقهاء لأبي جعفر محمد ابن جرير الطبري ، دار الكتب العلمية ، بيروت،دون تاريخ نشر.

(١٦٧) البجيرمي على حاشية الخطيب ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٢م

(١٦٨)التهذيب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي ، المتوفى سنة ٥١٦هـ (تحقيق الشيخين على معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١ ،١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

(١٦٩) حاشية النبراوي على شرح الخطيب ، دون تفاصيل النشر أو التاريخ.

(١٧٠)حاشية إبراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن قاسم الغزي، دون تفاصيل النشر.

(١٧١) حاشية الشيخ الشرقاوى للشيخ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي المتوفى سنة ١٢٢٦هـ على شرح التحرير للأنصاري، ،مطبعة مصطفى الحلبي ،القاهرة ، ط٣ ، ١٣٦٠هـ.

(١٧٢)حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء لأبي بكر محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر الشاشي القفال (تحقيق الدكتور ياسين أحمد إبراهيم) ، دار البساز ، عمان، الأردن، ط١ ، ١٩٨٨م.

(١٧٣)الحاوي الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى لأبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (تحقيق الشيخين على معوض وعادل عبد الموجود) دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

(١٧٤)حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(١٧٥)حواشي الشرواني وابن قاسم للإمامين عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي،دار صادر،بيروت،دون تاريخ نشر.

(١٧٦) حاشية الشرقاوي للشيخ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي المتوفى سنة ١٢٢٦هـ على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للشيخ زكريا الأنصاري المتوفى سنة٩٢٦هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

(١٧٧)روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا شرف الدين النووي ، المكتب الإسلامي، بيروت ، ط٢ ،١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

(١٧٨)الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي لأبى منصور محمد بن احمد الأزهري (تحقيق الدكتور سميح أبو مغلي) دار الفكر للطباعة والنشر ، عمان ، ط١ ،١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.

(١٧٩)العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام أبى القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعى القز ويني الشافعي المتوفى سنة ٦٢٣هـ (تحقيق الشيخين على معوض وعادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ،١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

(١٨٠) الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية للعلامة زكريا بن محمد بن أحمد زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٦هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

(١٨١)الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي للإمام شهاب الدين أحمد بن محمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي المتوفى سنة ٩٧٤هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.

(١٨٢) كتاب الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، ط١ ، دار قتيبة، بيروت، ط١ ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

(١٨٣)المنثور في القواعد للزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي المتوفى ٧٩٤هـ (تحقيق تيسير فائق أحمد محمود) مطبوعات وزارة الأوقاف ، الكويت ، ط٢ ، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

(١٨٤)المجموع شرح المهذب للشيرازي للإمام أبي زكريا محيى الدين بن شرف النووي ، (تحقيق محمد نجيب المطيعي) ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية، ١٩٨٠م.

(١٨٥)المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١ ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

(١٨٦)مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ، مطبعة مصطفى الحلبى ، القاهرة ، ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م.

(١٨٧)نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعي للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ، مكتبة مصطفى الحلبى ، القاهرة ،١٣٨٦هـ/ ١٩٦٧م.

(١٨٨) النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن محمد بن بطال الركبي اليمني المتوفى سنة ٦٣٣هـ، مطبوع بهامش المهذب للشيرازي، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١ ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

(١٨٩)الوسيط في المذهب للإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة٥٠٥هـ ، (تحقيق أحمد محمود إبراهيم) دار السلام للطباعة والنشر، بيروت، ط١ ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

كتب الفقه الحنبلي:

(١٩٠)الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، تأليف شيخ الإسلام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (تحقيق محمد حامل الفقي) دار إحياء التراث العربى ، ط٢ ، ١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠م.

(١٩١)إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (تحقيق هاني الحاج) ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، دون تاريخ للنشر.

(١٩٢)التوضيح في الجمع بين المُقنع والتنقيح ، تأليف العلامة أحمد بن محمد بن أحمد الشويكي المتوفى سنة٩٣٩هـ (تحقيق ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان) المكتبة المكية ، مكة المكرمة ، ط١ ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

(١٩٣)التمام تأليف محمد بن محمد بن الحسين بن محمد الفراء الحنبلي الشهير بالقاضي أبى الحسين ابن شيخ المذهب القاضي أبي يعلى المتوفى ٥٢٦هـ (تحقيق عبد الله بن محمد الطيار وآخرين) دار العاصمة ، الرياض ، ١٤١٤هـ.

(١٩٤)الدر النقي فى شرح ألفاظ الخرقي لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بابن المبرد المتوفى سنة ٩٠٩هـ ، دار المجتمع للنشر والتوزيع ، جدة ،ط١ ، ١٤١١هـ ، ١٩٩١م.

(١٩٥)الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، مختصر المُقنع للعلامة منصور بن يونس البهوتي (تحقيق بشير محمد عون) ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، ط٢ ،١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

(١٩٦)شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ،دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ النشر.

(١٩٨)الشرح الممتع على زاد المُستقنع شرح الشيخ محمد بن صالح بن محمد بن عبد الرحمن العثيمين الوهيبي التميمي ، مؤسسة آسام ، الرياض ، ط١ ، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.

(١٩٩)شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب أحمد ، تأليف الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، (تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين) ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ط١ ،١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

(٢٠٠)العُدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد الأنصاري المقدسي المتوفى في٦٢٤هـ ، دار المعرفة ، بيروت ، دون تاريخ نشر.

(٢٠١)العقود لابن تيمية ، مكتبة السنة المحمدية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر .

(٢٠٢)الفروع للعلامة شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣هـ ، عالم الكتب ، بيروت ، ط٤ ، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

(٢٠٣)القواعد فى الفقه الإسلامى لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ط١ ، ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م.

(٢٠٤)الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى (تحقيق زهير الشاويش) المكتب الإسلامى،ط٣ ،١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

(٢٠٥)كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر للطباعة ، بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

(٢٠٦)المغني على مختصر الخرقي والشرح الكبير على متن المقنع للشيخين موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠هـ ، وشمس الدين عبد الرحمن بن عمر محمد بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة٦٨٢هـ، دار الفكر العربي،بيروت، ط١ ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

(٢٠٧)مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي ، دار الرحمة ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(٢٠٨)المعتمد فى فقه الإمام أحمد جرى فيه الجمع بين نيل المآرب بشرح دليل الطالب، ومنار السبيل فى شرح الدليل ، للشيخين عبد القادر بن عمر الشيبانى ، وإبراهيم بن محمد بن ضويان (إعداد وتعليق: علي عبد المجيد بلطة ومحمد وهبي سليمان) ، دار الخير، بيروت ،ط١ ،١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

(٢٠٩)المُبدع في شرح المُقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي المتوفى ٨٨٤هـ ، المكتب الإسلامى ، دمشق،١٣٩٤هـ/١٩٧٤م.

(٢١٠)مجلة الأحكام الشرعية تأليف أحمد بن عبد الله القاري (تحقيق الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان وآخرين) ، مطبوعات تهامة، الرياض ، ط١ ، ١٤٠١هـ ، ١٩٨١م.

كتب الفقه الظاهري:

(٢١١)المُحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى (تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

كتب الفقه الزيدي :

(٢١٢)البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م .

(٢١٣)التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء ، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

(٢١٤)الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للقاضي شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن صالح السياغي الحيمي الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ ، دار الجيل ، بيروت، دون تاريخ نشر.

(٢١٥)الروضة الندية شرح الدرر البهية لمحمد صديق حسن خان القنوجي ، مكتبة الكوثر ، الرياض ، ط٥ ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

(٢١٦)السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لمحمد بن على الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ (تحقيق محمود إبراهيم زايد) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

(٢١٧)عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى في٨٤٠هـ ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ،ط١ ،١٩٧٥م .

كتب فقه الشيعة الإمامية :

(٢١٨)تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلّي المتوفى سنة ٧٢٦هـ ، مطبعة النجف ، بغداد ، ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م.

(٢١٩)جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي المتوفى ١٢٦٦هـ (تحقيق على الأخوندي) دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، ط٧ ، ١٩٨١م.

(٢٢٠)رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل لآية الله المحقق السيد علي الطباطبائي قده ، دار الهادي ، بيروت ،ط١ ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.

(٢٢١)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ،ط٢ ،١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

(٢٢٢)شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري للمحقق الحلي، جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي المتوفى٦٧٦هـ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت ، ١٩٧٨م.

(٢٢٣)المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري المتوفى سنة١٢٨١هـ ، مؤسسة النعمان للطباعة ، بيروت ،١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.

(٢٢٤)المختصر النافع في فقه الإمامية لنجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، مطبعة وزارة الأوقاف ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٥٨م.

(٢٢٥)وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة للعلامة محمد بن الحسن الحر العاملي ،دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٥، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

<u>كتب الفقه الإباضي :</u>

(٢٢٦)الإيضاح للشيخ عامر بن علي الشماخي ، منشورات وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

(٢٢٧)شرح كتاب النيل وشفاء العليل للعلامة محمد بن يوسف أطفيش ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ط٣ ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م.

(٢٢٨)غاية المأمول في علم الفروع والأصول لمحمد بن شامس البطاشي ، منشورات وزارة التراث القومي ، سلطنة عمان ، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

(٢٢٩)النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني المتوفى سنة ١٢٢٣هـ ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ط٣ ، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

كتب شرعية حديثة في الفقه الإسلامي:

(٢٣٠)الأسئلة والأجوبة الفقهية المقرونة بالأدلة الشرعية ، تأليف عبد العزيز المحمد السلمان ، الرياض ، ط٣ ، ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م.

(٢٣١)أحكام المعاملات فى الشريعة الإسلامية لعلي الخفيف ، مطبعة مصطفى الحلبى ، القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(٢٣٢)الاقتصاد الإسلامى والقضايا الفقهية المعاصرة للدكتور علي أحمد السالوس، مؤسسة الريان ، بيروت ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.

(٢٣٣) الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية للدكتور عبد المجيد محمود البعلي، مكتبة وهبه ، القاهرة ، ط١ ١٩٩١م.

(٢٣٤)بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة للدكتورين/ محمد سليمان الأشقر، ومحمد عثمان شبير وآخرين ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

(٢٣٥)توحيد تقنينات الأزهر للشريعة الإسلامية (البيوع) للدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار ، النسر الذهبي ، القاهرة ، ٢٠٠٢م.

(٢٣٦)الشريعة الإسلامية للدكتور/ بدر أبو العينين بدران ، مطبعة الإسكندرية، الإسكندرية، ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م.

(٢٣٧)الفقه الإسلامى مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٥٨م.

(٢٣٨)الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي للدكتور/مصطفى الخن وآخرين، دار القلم، دمشق ، ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م.

(٢٣٩)قواعد العمليات المصرفية لهزا ع أحمد سعيد الحمادي ،مطبعة الجامعة الجديدة ، صنعاء ، ط١ ، ٢٠٠٠م .

(٢٤٠)الموسوعة الفقهية وضعها مجموعة من علماء الأمة المتخصصين ، مطبوعات وزارة الأوقاف الكويتية ، الكويت ، ١٩٧٨م.

(٢٤١) المصارف الإسلامية ، للدكتور/محمد الزحيلي ، دار المكتبي ، دمشق ، ط١ ، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

(٢٤٢) المصرف الإسلامي علمياً وعملياً لعبد السميع المصري ، مكتبة وهبه ، القاهرة ، ١٩٨٨م.

(٢٤٣) المصارف الإسلامية ضرورة حتمية للدكتور/محمود محمد بابللي ، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط١ ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.

(٢٤٤) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام لمحمد صالح محمد الصاوي ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط١ ، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .

(٢٤٥) معركة الاقتصاد الإسلامي بين فكر الاستثمار والتوجيه لعبد السميع المصري، مكتبة وهبه ، القاهرة ، ط١ ، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.

(٢٤٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور/عبد الرزاق السنهوري ،دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧م.

(٢٤٧) الملكية ونظرية العقد لمحمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة المتوفى في سنة ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧م.

(٢٤٨) مدخل نحو آفاق مستقبلية للمصارف الإسلامية لأحمد عبد الهادي طلخان ، مكتبة وهبه ، القاهرة ، ط١ ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

(٢٤٩) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبد الكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.

(٢٥٠) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور/عبد الرازق رحيم جدي الهيتي ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ط١ ، ١٩٩٨م.

(٢٥١) المجلّى في الفقه الحنبلي للدكتور/محمد سليمان الأشقر ، دار القلم ، دمشق ، ط١ ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م.

(٢٥٢)النقود والمصارف في النظام الإسلامي للدكتور/عوف محمود الكفراوي ، دار الجامعات المصرية ، الإسكندرية، ط٢ ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

(٢٥٣)النظام المصرفي الإسلامي للدكتور/محمد أحمد سراج ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.

(٢٥٤)نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور/حسن علي الشاذلي ، دار الاتحاد العربي، القاهرة ، ١٩٩٣م.

(٢٥٥)النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور/ رمضان على الشرنباصى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠م.

(٢٥٦) الوجيز في المعاملات الشرعية للدكتور/ محمد نجيب عوضين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م.

<u>كتب قانونية :</u>

(٢٥٧)أصول الالتزامات (مصادر الالتزام) للدكتور/ جلال على العدوي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧م.

(٢٥٨)أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة) للدكتور/ طلبة وهبة خطاب ، ط١ ، دار الفكر العربى ، القاهرة ،ط١ ١٩٨٣م.

(٢٥٩)أصول الالتزامات في القانون المدنى للدكتور/ مختار القاضي ، طباعة لجنة البيان العربى ، القاهرة ، ١٩٥٢م.

(٢٦٠)الالتزام التخييري في القانون المدني والشريعة الإسلامية للدكتور/ محمد إبراهيم بنداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م.

(٢٦١)أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور/جلال علي العدوي ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٦م.

(٢٦٢)أحكام الالتزام (آثار الحق فى القانون المدنى) للدكتور/عبد القادر الفار ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩م.

(٢٦٣)التعليق على القانون المدني المعدل لأنور العمروسي ، دون دار نشر، ط١، القاهرة ، ١٩٩٣م.

(٢٦٤)دروس فى أحكام الالتزام للدكتور/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ،١٩٧٧م.

(٢٦٥)دروس في نظرية الالتزام للدكتور/ محمد لبيب شنب ، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٧٥/٧٤م.

(٢٦٦)شرح أحكام عقد البيع للدكتورين/ محمد لبيب شنب، ومجدي صبحي خليل، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨م.

(٢٦٧)شرح العقود المسماة فى عقدي البيع والمقايضة للدكتور/ رمضان أبو السعود ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط٢ ، ٢٠٠٣م.

(٢٦٨)العقد غير اللازم للدكتور/إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، إصدارات جامعة الكويت ، الكويت، ١٩٩٩م.

(٢٦٩)العقود المسماة (البيع والإيجار والتأمين) للدكتور/عبد الناصر توفيق العطار، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ، ٢٠٠٠/٢٠٠١م.

(٢٧٠)العقود المسماة فى قانون المعاملات المدنية الأماراتي والقانون المدني الأردني، للدكتور/وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٧م.

(٢٧١) عقد البيع للدكتور/ عبد العزيز عامر ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م .

(٢٧٢)عقد البيع والمقايضة للدكتور/توفيق حسن فرج ، المكتب المصرى الحديث، الاسكندرية، طبعة ١٩٧٠م.

(٢٧٣)فسخ العقد فى ضوء القضاء والفقه للدكتور/عبد الحميد الشواربي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط٣ ، ١٩٩٧م.

(٢٧٤)مصادر الالتزام للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٠م .

(٢٧٥)الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) للدكتور/عبد المجيد الحكيم ،دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ط٣ ، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م.

(٢٧٦)مصادر الالتزام فى القانون المدني للدكتور/محمد شريف أحمد، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ط١ ، ١٩٩٩م.

(٢٧٧)موسوعة العقود المدنية والتجارية للدكتور/إلياس ناصيف ، مطبعة نمنم للطباعة والنشر، عمّان ، ١٩٩٧م.

(٢٧٨)الموجز فى النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/أنور سلطان ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٥/٦٤م.

(٢٧٩)نظرية العقد للدكتور/عمر السيد عبد الله ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م.

(٢٨٠)النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/حسام الدين كامل الأهواني ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.

(٢٨١)النظرية العامة للالتزامات (فى أحكام الالتزام) للدكتور/توفيق حسن فرج ، دون دار نشر ، القاهرة، ١٩٨٥م.

(٢٨٢)النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) للدكتور/جميل الشرقاوى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٨٦م.

(٢٨٣)النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/إسماعيل غانم ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٧م.

(٢٨٤)نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية للدكتور/عبد الناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة القاهرة،١٩٧٨م .

(٢٨٥) النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى (أحكام الالتـزام) للدكتور/عبد المنعم البد راوي ، مكتبة وهبه ، القاهرة ، ١٩٧٥م.

(٢٨٦) نظرية العقد والإرادة المنفردة للدكتور/عبد الفتاح عبد البـاقي ، دون دار نشر، القاهرة ١٩٨٤م.

(٢٨٧) النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/جميـل الـشرقاوى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م.

(٢٨٨) نظرية الالتزامات للدكتورين/ عبد الناصر توفيق العطار، ومحمد إبـراهيم دسوقي، دون دار نشر، القاهرة،٢٠٠٥م/٢٠٠٦م.

(٢٨٩) النظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) للدكتور/محمود عبد الرحمن محمد، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩٩م.

(٢٩٠) نظرية الالتزام للدكتور/سمير عبد الـسيد تنـاغو ، منـشأة المعـارف ، الإسكندرية،١٩٩١م.

(٢٩١) نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري للدكتور/محمود جمـال الـدين زكي (أحكام الالتزام) مطبعة جامعة القاهرة ، القـاهرة، ١٩٧٤م.

(٢٩٢) النظرية العامة للالتزام فى القانون المدنى ، دراسة مقارنـة بـين الفقـه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية ، (أحكام الالتزام) للدكتور/منذر الفضل ، دار الثقافة للنـشر ، عمّـان ، ١٩٩٢م.

(٢٩٣) النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) للدكتور/حسن علـى الـذنوب ، مطبوعات جامعة المستنصرية ، العراق ، ١٩٧٦م.

(٢٩٤) نظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور/أحمد شرف الدين ، دار النهـضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢م.

(٢٩٥) الوسيط فى شرح القانون المدني (نظرية الالتزام) للدكتور/عبـد الـرازق أحمد السنهوري، منـشأة المعـارف ، الإسـكندرية ، ٢٠٠٤م.

(٢٩٦)الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات (أحكام الالتزام) للدكتور/سليمان مرقس، دار الكتب القانونية ، القاهرة، ط٢ ، ١٩٩٨م.

<u>**الرسائل العلمية (دكتوراه) :**</u>

(٢٩٧)أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته ، (دراسة مقارنة) للدكتور/ ممدوح محمد مبروك ،رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون ، القاهرة ، ١٩٩٩م.

(٢٩٨)أحكام الخيار في القانون المدني اليمني ، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري للدكتور/عبد الله محمد العلفي ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،١٤٠٨هـ.

(٢٩٩)الخيارات وأثرها في التصرفات للدكتور/عبد الستار أبو غدة ، رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون ، ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥م.

(٣٠٠)خيار النقد في الفقه الإسلامي للدكتور/أشرف محمود الخطيب ،رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون ، القاهرة ، ١٤١٨هـ .

(٣٠١)الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للدكتور/عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي،دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

(٣٠٢)صيغ الاستثمار المصرفي في المؤسسات الإسلامية لوجيه مصطفى أمين التازي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(٣٠٣)مستقبل البنوك الإسلامية في ظل التطورات الاقتصادية العالمية ، رسالة دكتوراه لمحمد محمود إبراهيم ، مقدمة إلى جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.

(٣٠٤)نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي لهاشم عبد المقصود ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة ، دون تاريخ نشر.

(٣٠٥)نظرية الشرط عند الأصوليين وأثرها في الفقه الإسلامي لعبد القادر محمد أبو العلا،رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون ، الأزهر ، ١٩٨٣م.

(٣٠٦) النظرية العامة للفسخ في الفقه والقانون لحسن علي الذنوب، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الملك فؤاد، القاهرة ، طبعة ١٩٤٦م .

المجلات الشرعية :

(٣٠٧)مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، فرع طنطا ، العدد الثاني ، ١٩٨٧م.

(٣٠٨)مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الخامس ، الجزء الرابع ، جدة ، السعودية، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م.

(٣٠٩)مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الخامس ، الجزء الثاني ، جدة ، السعودية، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨م.

(٣١٠)مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، الجزء الأول ، جدة ، السعودية، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.

(٣١١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس ، الجزء الأول ، جدة ، السعودية، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.

(٣١٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، الجزء الثالث ، جدة، السعودية ،١٤١٢هـ / ١٩٩٢م

(٣١٣) مجلة البنوك الإسلامية ، العدد الحادي والأربعون ، إبريل ١٩٧٥م .

التشريعات :

(٣١٤)دستور الجمهورية اليمنية المعدل ، إصدار وزارة الشئون القانونية ، صنعاء ، ٢٠٠١م.

(٣١٥)القانون المدني اليمني النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م ، منشور في الجريدة الرسمية ، العدد السابع ، إصدار وزارة الشئون القانونية اليمنية، صنعاء ، ٢٠٠٢م.

(٣١٦)القانون المدني اليمني الملغي رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م ، منشور في الجريدة الرسمية ،العدد الرابع ، إصدار وزارة الشئون القانونية، صنعاء، ١٩٩٢م .

(٣١٧)القانون المدني المصري المعدل رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م ، منشور في الوقائع المصرية ، العدد ١٠٨ مكرر ، القاهرة، ١٩٤٨م.

(٣١٨)قانون المصارف الإسلامية اليمني ، رقم ٢١ لسنة ١٩٩٦م ، منشور في الجريدة الرسمية ، العدد الرابع عشر ، صنعاء، ١٩٩٦م.

(٣١٩)المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى اليمني ، الكتاب الأول والثاني والثالث، مكتبة الشعب، صنعاء .

خامساً

فهرس الموضوعات: